J. germ.
220
n

J. Germ
220n

Weichsel

Commentar

zur

Königl. Preußischen

Gemeinheitstheilungs-Ordnung

vom 7ten Junius 1821

von

F. F. Weichsel.

„Der Eifer Gutes zu wirken hat hier ein großes und freyes Feld, das allgemeinste Interesse ruft ihn hin auf dasselbe. Wir hoffen ihn auf allen Puncten zu finden, wo es Schwierigkeiten zu lösen giebt. Hierauf sey das Bemühen wahrer Patrioten gerichtet!"

(Gesetz d. d. Berlin d. 14. Septbr. 1811.)

Erster Theil.

Magdeburg 1824
bey Wilhelm Heinrichshofen.

Bayerische Staatsbibliothek München

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Vorwort.

Die Bildung und das Wesen der Gemeinheiten, so wie auch der davon sehr wohl zu trennenden Nutzungsrechte, hier zu erörtern, würde zu weit führen. Der unrichtige Gang, welchen Separationen bisher nahmen; deren Literatur; desgleichen die Erfordernisse zu einer gründlichen Erörterung dieses Gegenstandes, nebst Widerlegung der eben so logisch, als ökonomisch und juristisch falschen und zugleich noch mehr erschwerenden und verwirrenden Theilungs-Grundsätze, welche man bisher vorzuschlagen und anzuwenden pflegte; ferner die unabsehbaren traurigen Folgen, welche durch den Mangel an Sichtung staatspolizeylicher und privatrechtlicher Rücksichten, durch Verabsäumung der rechtshistorischen Prüfung und durch Vernachlässigung des wichtigen Unterschiedes zwischen gemeinschaftlichem Eigenthume (Gemeinheiten) und Servituten erzeugt wurden, u. s. w., sind bereits von

mir anderwärts ausführlich abgehandelt *). Eben daselbst habe ich auch die leitenden Grundsätze für Gemeinheitsauseinandersetzungen sowohl 1) bey eigentlichen Gemeinheitstheilungen, als auch 2) bey Servituten-Sonderungen aufgestellt. Bey den erstern ist namentlich die Unrichtigkeit einer Unterscheidung zwischen Mit- und Gesammteigenthum gezeigt; desgleichen die Nothwendigkeit, daß die Grundsätze des gemeinschaftlichen Eigenthums auf Gemeinheiten angewendet werden müssen. Auch sind dort die dabey vorkommenden einzelnen Gesichtspuncte mit ihren scheinbaren Modificationen durch die rechtshistorische Entstehungsweise und Ausbildung der Gemeinheiten und Corporationen nachgewiesen. Zugleich entwickeln sich daraus dort, unter steter Berücksichtigung der frühern Gesetze, die Principien über Cämmerey-Gut und über das der gemeinsamen Benutzung verbliebene Gemeindevermögen, nebst der Bestimmung, wer als Mitglied der Gemeinheit anzusehen ist, und welcher Antheil Jedem zusteht. Eben daselbst sind auch verschiedene, mit den Gemeinheiten in Verbindung stehende persönliche Rechte erwogen. Bey den irrig

*) cf. meine gleichzeitig im Druck erscheinenden: Theoretisch-practische Grundsätze über gemeinschaftliches Eigenthum, Gemeinheiten und Servituten; insonderheit als Grundlage für Gemeinheitstheilungen und Servituten-Sonderungen, nebst einer Beleuchtung der bisherigen fehlerhaften Maßstäbe bey Feststellung der Theilnehmungsrechte.

unter der allgemeinen Benennung von Servituten zusammengefaßten verschiedenartigen Nutzungsrechten ist dagegen fernerweit zwischen den aus der Gemeinheit zurückgebliebenen Nutzungen, zwischen der ihrer Natur nach nur precairen Koppelhut, zwischen der Mithut und den eigentlichen Servituten unterschieden. Bey jedem dieser, durchaus ihrem Wesen nach verschiedenen, Nutzungsrechte sind die daraus zu ziehenden und von den Gesetzen unterstützten Folgerungssätze aufgestellt. Insonderheit schließt sich daran eine Theorie der eigentlichen Servituten, wie dieselben ins practische Leben treten, und eben dadurch die dringende Nothwendigkeit der scharfen theoretischen Sichtung der Begriffe nur noch mehr bestätigen, indem die letztere zugleich darin ihre Controlle und Bestätigung gewinnt. Endlich aber bilden dort die Vermuthungen, welche rechtshistorische Thatsachen und Gesetze für die Anwendung der erstern oder letztern leitenden Grundsätze an die Hand geben, den Schlußstein. — Auf alles dieses wird hierdurch nur im Allgemeinen verwiesen. Obige Grundsätze ergreifen diese Verhältnisse, wie sie in ganz Deutschland ihrer so höchst wohlthätigen Entwirrung entgegensehen. Sie zeigen im Allgemeinen, wie nur einzig und allein auf einem rechtlichen Wege und zwar eben nur durch denselben auf die einfachste, kürzeste und am wenigsten kostspielige Weise die zu son-

dernden Rechte eines Jeden in einer kräftigern und lebendigern Gestalt wieder hergestellt zu werden vermögen, indem sie den höchsten Zweck zugleich mit dem sichersten Mittel verbinden. — Dieserhalb mußten sie aber als selbstständiges Werk erscheinen. Denn wenn auch nachstehender Commentar sich nur einzig und allein darauf stützen, und durch jene Grundsätze erst seine Grundlage gewinnen kann; so beschäftigt sich derselbe doch nur zunächst mit der Erläuterung eines speciellen Gesetzes über diesen Gegenstand, nämlich mit der nachstehend wörtlich aufzuführenden Königlich Preußischen Gemeinheitstheilungsordnung.

* *
*

Anmerkung. Der Text der G. Th. O. ist zwar mit den Erläuterungen desselben in gemeinsam fortlaufenden §§. abgedruckt, indeß sowohl durch eine größere Schrift, als auch insonderheit durch die sich außer dem jedesmaligen §. des Commentars noch vorfindende Paragraphenzahl der G. Th. O. selbst ausgezeichnet. Die im besagten Texte besonders durch den Druck hervorgehobenen Stellen sind übrigens nur von mir solchergestalt der besondern Aufmerksamkeit empfohlen.

Inhalt.

ad §. princ. der G. Th. O. (§. 1.) a) Welche Gesetze sind nur aufgehoben? §. 2.
b) Beweis dafür aa) im allgemeinen §. 3. bb) insonderheit durch die Fassung der G. Th. O. selbst §. 4.
c) daraus hergeleiteter Grundsatz §. 5.
ad §. 1. - - - - - (§. 6.) Anmerkung über den Unterschied zwischen Theilung des gem. Eigenthums und Servitutensonderung.
ad §. 2. - - - - (§. 7.) a) Gegenstände der G. Th. O. §. 8.
b) von derselben ausgenommene Gegenstände §. 9.
c) über die Sonderung der letztern §. 10.
ad §. 3. - - - (§. 11.) a) der Antrag auf Separation setzt ein Benutzungsrecht voraus §. 12.
b) Vermuthung dagegen §. 13.
ad §. 4. - - - (§. 14.) Anmerkung über die Abweichungen des frühern Rechts.
ad §. 5 - 7. - - (§. 15.) Ueber die gesetzliche Präsumtion für das Eigenthum §. 16.
ad §. 8. - - - (§. 17.) a) Unterscheidung aa) je nachdem der Gutsherr die volle Proprietät hat, oder bloß ein Miteigenthum daran besitzt §. 18. bb) oder wenn er gar keine Proprietät an den bäuerlichen Grundstücken besitzt §. 19.
b) Folgerungen daraus §. 20.
ad §. 9 - 12. - - (§. 21.) abgeleitete Grundsätze §. 22.
ad §. 13 - 16. - - (§. 23. u. 24.) Folgerung §. 25.
ad §. 17. - - - (§. 26.) a) von der Beschaffenheit des Gemeindeeigenthums.

aa) ihrem Wesen nach §. 27.
bb) hinsichtlich der Grundsätze, welche daraus folgen §. 28.
b) von der Trennung des Communal- und Cämmerey-Vermögens §. 29. 30.
c) nur ein Mitglied hat das Recht auf Theilung anzutragen §. 31.
d) in wie weit dessen Grundbesitz dabey in Betracht zu ziehen
aa) als Bedingung der Mitgliedschaft §. 32.
bb) als Bedingung der Provocation §. 33.
cc) als Pertinenz §. 34. 35. 36.
ad §. 18 - 19 - - (§. 37.) a) von den aus der Gemeinheit zurückgebliebenen Nutzungen §. 38.
b) von der Koppelhut §. 39.
c) von der Mithut §. 40.
d) von den eigentlichen Servituten
aa) im allgemeinen §. 41.
bb) Feststellung der Servituten durch rechtsgültige Willenserklärungen §. 42.
cc) in Ermangelung einer solchen rechtsgültigen Willenserklärung
α) von Seiten des Berechtigten
αα) im allgemeinen §. 43.
ββ) Folgerung aus dem Obigen §. 44. 45.
β) von Seiten des Verpflichteten §. 46. 47.
e) Ablösung der Servituten §. 48.
ad §. 20. - - - (§. 49.) Beweis durch obigen §. daß die Hütung nicht Pertinenz des Ackers seyn könne §. 50.
ad §. 22 - 25. - (§. 51.) In wie weit gelten diese Vorschriften als eine praesumtio facti, juris, oder juris et de jure? §. 52. 53.
ad §. 26 - 29. - (§. 54.) Anwendung des Provocationsrechts auf einzelne Fälle §. 55. 56.
ad §. 30. - - - (§. 57.) Bestätigung der in §. 2 — 5. entwickelten Ansicht §. 58.
ad §. 31. - - - (§. 59.) a) vom Standpuncte des gemeinen Rechts, des A. Pr. L. R. und dem daraus folgenden Theilungsmaßstabe §. 60.
b) von den Provinzialrechten §. 61. 62.

c) Statutarische Rechte
aa) Begriff derselben
α) im allgemeinen §. 63.
β) fortgesetzter Beweis, daß Gewohnheitsrecht und Statut dem Wesen nach dasselbe sind §. 64.
γ) Feststellung des Wesens statutarischer Rechte selbst §. 65.
bb) dringende Nothwendigkeit der Beachtung obigen Begriffs §. 66. 67.
cc) Erfordernisse und Beweis eines statutarischen Rechts §. 68. 69.
dd) Anwendung obiger Erfordernisse auf
α) den gehaltenen Viehstand §. 70.
β) auf stattgefundene sondernde Theilung der Nutzungen §. 71.
γ) auf die stattgefundene Theilung der Lasten §. 72.
δ) wenn dabey der Maßstab für Nutzungen und Lasten verschieden ist §. 73.
ε) wenn bey einzelnen Gegenständen obige Maßstäbe oder deren Verschiedenheit eintreten §. 74.
ζ) wenn die Maßstäbe bey den einzelnen Classen der Interessenten verschieden sind §. 75.
ee) Allgemeiner Grundsatz §. 76.
d) Rechtsbeständige Willenserklärungen §. 77.
ad §. 32 - - - (§. 78.) Subsidiarische Natur dieser und der noch folgenden Bestimmungen
a) im allgemeinen §. 79.
b) Bestätigung des obigen Satzes durch die Discussionen, welche der G. Th. O. vorhergingen §. 80. 81.
c) Bestätigung dieser subsidiairen Natur durch die Parallele mit dem A. L. R. §. 82.
d) Beweismittel für die Fälle, wo diese subsidiairen Bestimmungen eintreten
aa) im allgemeinen §. 83.
bb) Urkunden §. 84.
cc) Judicate §. 85.
dd) Statuten §. 86.

ad §. 53. - - - (§. 87.) e) Bestätigung der obigen Theorie durch die G. Th. O. selbst, namentlich durch die sonst unmögliche Beförderung der Separationen §. 88.

ad §. 54. - - - (§. 89.) f) Fernere Bestätigung der obigen Theorie durch die sonst offenbaren Widersprüche des vorstehenden Paragraphen §. 90.

ad §. 55. - - - (§. 91.) g) durch die Sonderung der Grundstücke, welche nur dabey zur Berechnung kommen sollen §. 92.

h) durch die nähere Erörterung, was unter rechtsverjährter Zeit zu verstehen §. 93.

ad §. 56. - - - (§. 94.) i) durch die nothwendige Beschränkung vorstehenden Satzes auf den bloß subsidiarischen Eintritt der Durchwinterung §. 95.

k) Fortsetzung. Insbesondere kann das Hütungsrecht kein Pertinenzstück des Zehenten seyn §. 96.

l) vollständige Bestätigung endlich durch die Unterscheidung zwischen Berechtigung und dem darin liegenden Gegensatze, desgleichen durch die unumgänglichen Erfordernisse der Verjährung selbst §. 97.

§. 1.

Wir Friedrich Wilhelm, von Gottes Gnaden König von Preußen ꝛc. Da die bisherigen Gesetze über die Aufhebung der Gemeinheiten für das Bedürfniß der erweiterten Landcultur nicht mehr genügen; so haben Wir dieselben einer sorgfältigen Revision unterworfen, und den ausgearbeiteten Entwurf zu einer Gemeinheitstheilungs-Ordnung mit Zuziehung der Provinzial-Collegien und sachkundigen Männer aus jeder Provinz prüfen lassen. Nachdem die von ihnen gemachten Vorschläge und Erinnerungen auch in Unserm Staatsrath erwogen worden, so verordnen Wir auf das von demselben erstattete Gutachten nunmehro für alle Provinzen Unserer Monarchie, in welchen das Allgemeine Landrecht eingeführt ist, mit Aufhebung des 4ten Abschnitts, 17ten Titels 1sten Theils desselben, und der Gemeinheitstheilungs-Ordnung für Schlesien vom 14. April 1771 hiermit wie folgt:

§. 2.

a) Welche Gesetze sind nur aufgehoben?

Die wichtigste Vorfrage ist: ob und welche frühern Gesetze durch diese Gem. Th. O. haben aufgehoben werden können und sollen? Es sind nämlich von einander zu unterscheiden: A) diejenigen frühern Gesetze, welche die Rechte der sich in einer Gemeinheit befundenen Interessenten an und für sich betrafen, und B) die Gesetze, welche sich auf das Verfahren bey der Auseinandersetzung dieser Rechte bezogen. Nur die

letztgedachten frühern gesetzlichen Bestimmungen sind durch diese G. Th O. aufgehoben, nicht aber die Gesetze, welche die Rechtsverhältnisse selbst und deren Beurtheilung betrafen, so weit solches nicht (wie weiter unten vorkommen wird) in einzelnen Fällen speciell geschehen ist. Im letztern Falle sind dann aber dergleichen Bestimmungen nicht sowohl Abänderungen, als vielmehr Erläuterungen der fortbestehenden Gesetze, als welches sie auch nach der G. Th. O. (die bey diesen Puncten nur von näherer Bestimmung spricht, z. B. §. 36 in f.) selbst nur seyn sollen.

§. 3.

b) Beweis dafür aa) im allgemeinen;

Die Richtigkeit dieses höchst wichtigen Satzes ergiebt sich aus folgenden Gründen: a) Der von jeder weisen und gerechten Gesetzgebung als unumstößlich anerkannte Grundsatz, daß kein Gesetz eine rückwirkende Kraft haben kann, ist auch von der preuß. Gesetzgebung ausdrücklich als Norm ausgesprochen. (Publ. Patent des L. R. I. 8. Einleitung §. 14 ff.) Es können daher durch diese G. Th. O. nur diejenigen Bestimmungen hier als aufgehoben betrachtet werden, welche, so weit sie sich auf die bisherigen Rechtsverhältnisse beziehen, zum Verfahren der Auseinandersetzung derselben, d. h. zur eigentlichen G. Th. O. gehörten. Die Rechte selbst wurden nämlich theils früher ausgeübt, erworben und verloren, theils hatten sie sich schon nach den Bestimmungen der frühern Gesetze ausgebildet, verändert oder resp. befestigt, und durch dieselben gesetzliche Garantie erhalten. Sie müssen daher auch lediglich nach diesen frühern Gesetzen beurtheilt werden. Wohl aber konnten dagegen die Regeln für das Verfahren bey der Sonderung, (als welche erst späterhin und namentlich erst nach dieser Ordnung selbst herbeygeführt wurde,) sehr wohl eine abweichende Bestimmnng erhalten. Hierbey ist es wohl nur um deß-

halb unterlassen, über dieß Verfahren bey den zur Zeit der Publication dieser G. Th. O. bereits eingeleiteten Auseinandersetzungen noch besondere Bestimmungen zu erlassen, weil der Gesetzgeber diese G. Th. O. nur als eine erläuternde Verbesserung des bisherigen Verfahrens in dieser Angelegenheit betrachtete. b) Ueberdieß behalten Gesetze so lange ihre Kraft, als bis sie von dem Gesetzgeber ausdrücklich wieder aufgehoben worden sind. Auch werden Statuten und Provinzial-Gesetze selbst nicht einmal durch neuere allgemeine Gesetze aufgehoben, wenn nicht in letztern die Aufhebung der erstern deutlich verordnet ist. Dieses kann übrigens auch nur nach vorgängiger Anhörung derjenigen, die es zunächst angeht, (also der Gemeinden, wie nicht geschehen seyn dürfte,) Statt finden. Auch müssen selbst dann, wenn die Aufhebung eines ältern Gesetzes klar ist, die dunkeln Bestimmungen eines neuern Gesetzes stets nur in dem Sinne befolgt werden, welcher es am wenigsten vom bestehenden Rechte entfernt (A. L. R. Einleit. §. 59. 61. 62. Thibaut System des Pandecten-Rechts §. 39.)

§. 4.

bb) insonderheit durch die Fassung der G. Th. O. selbst.

Wenn nun c) der Eingang dieser G. Th. O. selbst ausdrücklich erklärt, daß der Gesetzgeber nur habe „die bisherigen Gesetze über Aufhebung der Gemeinheiten" einer Revision unterwerfen, und nach mehrfacher Erwägung an deren Stelle genügendere Bestimmungen erlassen wollen; so bleibt es unbegreiflich, wie Einige in der G. Th. O. etwas anders, als was ihr Name selbst besagt, nämlich als eine Vorschrift für die Verfahrungsweise bey Auseinandersetzungen, finden können. Ueberdieß hebt die G. Th. O. d) nur einzig und allein ausdrücklich die Hauptquellen für das bisherige Verfahren bey diesen Auseinandersetzungen auf, nämlich den 4ten Abschnitt des 17ten Titels 1sten Theils des

A. L. R. (welcher ohnehin großen Theils mehr in die P. O. als in das A. L. R. gehörte und daher auch hier mit der G. Th. O. für Schlesien zusammengestellt wird). Besonders erwähnte und herausgehobene Declarationen einzelner, auf die Rechte der Interessenten selbst Bezug habender Gesetze aber bestätigen gerade durch diese besondere Heraushebung nur noch mehr das Fortbestehen aller übrigen Gesetze in den betreffenden Materien, und fordern dadurch zur gesetzlich einschränkenden Erklärung nur um so dringender auf. e) Diese declarirten Gesetze beziehen sich ohnehin bloß auf Fälle, welche mehr in die G. Th. O. selbst gehören. Denn sie betreffen, wie weiter unten bey den betreffenden Puncten zu zeigen (z. B. cf. §. 78 ff), nur Grundsätze, welche nach einer ökonomischen Zweckmäßigkeit und Billigkeit dann zur Anwendung kommen sollen, wenn nach den Gesetzen eine genauere Ermittelung eines anderweiten Sach- und Rechtsverhältnisses durchaus nicht möglich ist. Nämlich nur da, wo es, um mit dem Berichte des Cammergerichts vom 9ten April 1792 zu reden, „auf Ausfindung eines auf Recht und Billigkeit gegründeten Hülfsgrundsatzes" ankommt; um auch selbst in einem solchen Falle eine Auseinandersetzung möglich zu machen. f) Uebrigens correspondiren die sämmtlichen §§. der G. Th. O., wenn man sie mit den frühern Gesetzen vergleicht (wie es auch nicht anders seyn konnte), zwar durchgängig mit diesen frühern Gesetzen; indeß nur einzig und allein mit denen, welche die Aufhebung der Gemeinschaft betreffen, als wo sich über die aufzuhebenden Rechte selbst durchaus keine Bestimmungen vorfinden (L. R. I. 17. §. 75 ff. 311 ff. I. 22. §. 138 ff.) g) Diese letztern gingen nämlich (überall auf allgemeine Rechtsgrundsätze und die übrigen Rechtsmaterien Bezug nehmend) jenen Bestimmungen über ihre Aufhebung voraus, und sind dieselben in der G. Th. O. weder mit aufgenommen, noch durch andere ersetzt. Beides — was übrigens, wenn sie nicht

mehr gelten sollten, durchaus nöthig wäre — würde aber auch gar nicht möglich seyn. Denn dann müßte man eben so gut alle frühern Gesetze und ein ganz neues Allg. L. R. in die G. Th. O. mit einrücken. Jeder weiß nämlich, daß gerade bey Gelegenheit der Gemeinheitstheilungen die allerverwickeltsten Rechtsfragen vorkommen, die nicht allein in alle Rechtsmaterien einschlagen können, sondern auch wirklich fast überall gerade die allerschwierigsten Materien zur genauesten Erwägung bringen. Sie sind mithin gerade am allerwenigsten geeignet, willführlich alle die mannigfaltigen Verhältnisse unter ein Paar Regeln zu bringen, und somit die heiligsten Privatrechte achtlos anzugreifen. h) Da nun ohnehin nicht einmal in der G. Th. O. bestimmt ist, ob und was von denjenigen Materien, welche die Beurtheilung der Rechte der Parteien treffen, nicht mehr gelten soll; so möge denen, welche an der Richtigkeit des obigen Grundsatzes noch zweifeln können, nur noch die eine Frage vorgelegt werden: Wenn ganz über dieselben Rechtsverhältnisse, welche bey Gelegenheit einer G. Th. vorkommen können, außer dem Falle einer G. Th. Streit entsteht, nach welchen Gesetzen anders, als nach den bisherigen, könnten dieselben entschieden werden, da ja die G. Th. O. nur für die Fälle einer Theilung gilt? Wie wäre es aber denkbar, daß Personen ganz verschiedene Rechte hätten, und nach ganz verschiedenen Gesetzen gerichtet werden könnten, je nachdem sie über eine und dieselbe Sache bey Gelegenheit einer G. Th. oder außer und vor derselben einen Streit führen? *)

§. 5.

c) Grundsatz.

Hieraus ergiebt sich von selbst, daß nur die bisherigen Gesetze über die pro-

*) Ueberdieß bezieht sich ja die G. Th. O. selbst vielfach auf die Gesetze, z. B. §. 165. 163. 174. 175 u. a. m.

cessualische Form der Auseinandersetzungen aufgehoben sind, die materiellen bisherigen Gesetze, welche aber die Rechte der Interessenten selbst, so weit sie von der Realisirung der Sonderung verschieden sind, betreffen, fortbestehen, mithin die Rechte selbst, welche eben den Gegenstand der Sonderung ausmachen, nur einzig und allein nach den bisherigen Gesetzen beurtheilt werden müssen. Es können daher von der materiellen Gesetzgebung nur diejenigen bisherigen Gesetze als aufgehoben betrachtet werden, deren Aufhebung in der G. Th. O. klar und ausdrücklich ausgesprochen ward. Dagegen aber behalten alle übrigen gesetzlichen Bestimmungen nach wie vor ihre Kraft, und selbst die dunkeln Stellen der G. Th. O., so weit die Auslegung nicht durch sie selbst nothwendig bedingt wird, müssen dem bisherigen Rechtsverhältnisse und den dafür bis jetzt vorhandenen Gesetzen möglichst anpassend ausgelegt werden. (cf. §. 3.) Ja auch selbst die unbestreitbare Aufhebung der formellen Gesetzgebung über das Verfahren erstreckt sich bloß auf diejenigen Gegenstände, welche in den Bereich der G. Th. O. fallen. Es müssen daher, da sie für andere Gegenstände nicht aufgehoben sind, so weit für dieselben nicht besondere Gesetze ertheilt wurden, die ältern Gesetze noch fortbestehen (cf. §. 8 — 10.).

§. 6.

§. 1. Die von mehreren Einwohnern einer Stadt oder eines Dorfs von Gemeinen und Grundbesitzern bisher gemeinschaftlich ausgeübte Benutzung ländlicher Grundstücke *) soll zum Besten der allgemeinen Land-

*) Die G. Th. O. spricht hier ganz allgemein von jeder Art der Gemeinschaft, wie L. R. I. 17. §. 311. von jeder „auf irgend eine Art gemeinschaftlich ausgeübten Benutzung der Grundstücke“ A. G. O. I. 43. §. 1., obschon beide die unter dem allgemeinen Begriff Auseinandersetzung subsumirten besondern Hauptgegenstände des Eigenthums und der Servituten wohl von

cultur, so viel als möglich ist, aufgehoben, oder so lange sie besteht, möglichst unschädlich gemacht werden *).

---

einander unterscheiden. A. L. R. I. 17. §. 312. I. 23. §. 138. A. G. O. I. 43. §. 11. 47. Eben so unterscheidet auch die Lüneburger G Th. O. §. 51. zwischen den Eig-nthums- und bloßen Nutzungsrechten und erkennt die daraus fließenden wichtigen Folgen. uch soll dem Eigenthümer der Ueberschuß anheim fallen. §. 52 ib.

*) Ueber die Beförderung der Cultur auch außer der Sonderung cf. Gönner über Cultur und Vertheilung der Gemeindeweiden. §. 2. 5.

Erster Abschnitt.

Von Aufhebung der Gemeinheiten.

§. 7.

1) Nähere Bestimmung des Begriffs.

§. 2. Die Aufhebung der Gemeinheit nach dieser Ordnung findet nur Statt bey Weideberechtigungen auf Aeckern, Wiesen, Aengern, Forsten und sonstigen Weideplätzen, bey Forstberechtigungen zur Mast, zum Mitgenusse des Holzes und zum Streuholen, und bey Berechtigungen zum Plaggenheide- und Bültenhieb, es mögen übrigens diese Gerechtsame auf einem gemeinschaftlichen Eigenthume, einem Gesammteigenthume, oder einem einseitigen oder wechselseitigen Dienstbarkeitsrechte beruhen.

§. 8.

a) Gegenstände dieser G. Th. O.

Vorstehender §. ist nicht so zu verstehen, als wenn kein Unterschied zwischen den Nutzungsrechten, welche aus dem Eigenthume oder den Servituten fließen, zu machen wäre. So etwas ist mit keiner Sylbe gesagt, und hätte auch nicht von einer Gesetzgebung, welche Rechtsbegriffe leiten, gesagt werden können (cf. meine Th. p. Grundsätze §. 21 — 31.). Vielmehr sind diese beiden überhaupt Gegenstand der G. Th. O., jedoch der Wirkungskreis derselben nur in jenem §. auf gewisse Arten der aus beiden (unter sich verschiedenen) Rechtsgründen fließenden Nutzungen beschränkt. So wie schon die A. G. O. I. 43. §. 1. 48. 49. nur gewisse gemeinschaftliche Nutzungs-

Gegenstände einer besondern Verfahrungsweise überwies, dagegen aber das Wesen der verschiedenen Rechte, welche aus dem Eigenthume und den Servituten herrühren (oder, wie die G. Th. O. sagt, darauf beruhen — also hierdurch den Entstehungsgrund würdigt), sehr wohl anerkannte, A. G. O. §. 47. l. c.; eben so thut es auch die G. Th. O. Sie nennt daher gleich beym Eingange diejenigen aus jenen Rechten fließenden gemeinschaftlichen Benutzungen, welche in ihren Bereich fallen. (cf. §. 5.) Die G. Th. O. weiset auch selbst auf diese richtigen Unterschiede zwischen Eigenthum (Miteigenthum) und Servituten hin, z. B. im §. 165. 166.

§. 9.

b) Ausgenommene Gegenstände.

Die Aufhebung anderer als der oben im §. 2. d. G. Th. O. genannten Gemeinheiten ist daher von der Regulirung nach dieser G. Th. O. ausdrücklich ausgeschlossen. Demungeachtet sind keine anderweiten neuern Grundsätze für dieselben angeordnet. Denn wenn auch das Gesetz vom 25. September 1820 mit in die Auseinandersetzung eingreift; so betrifft dasselbe doch theils nur Ablösungen von Prästationen, theils ist dasselbe noch in anderer Hinsicht sehr beschränkt. Denn dieses Gesetz bezieht sich nur auf gutsherrlich-bäuerliche Verhältnisse, kommt mithin nur da in Betracht, wo diese vorhanden sind, kann also nicht auf solche Prästationen angewendet werden, von denen nicht constirt, daß sie aus dem gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse herrühren *). Indeß auch abgesehen hier-

---

*) Diesen letztern Punct in jedem einzelnen Falle zu ermitteln und zu bestimmen, was dieserhalb in die Ablösungsordnung vom 7. Jun. 1821 gehört, dürfte dann aber, beyläufig bemerkt, um so größere Schwierigkeiten in der Vorentscheidung, sowohl Hinsichts der Competenz, als auch Hinsichts der Ablösungs-Befugniß selbst, haben, als in dem Gesetze vom 25. Septbr. 1820 nicht der Begriff festgestellt ist, was unter gutsherrlich-bäuerlichem Verhältniß verstanden seyn soll. Historisch aber ist das-

von; so finden sich außerdem noch viele gemeinschaftliche Benutzungen, welche nicht in dieser G. Th. O. erwähnt sind. Dahin gehören z. B. das Recht, Ziegel- und andere Erden, Torf u. s. w. auf einem fremden oder gemeinschaftlichen Grundstücke zu graben, gemeinschaftliche Steinbrüche, Fischteiche u. s. w. Eben dahin würde dann auch eine gemischte Benutzung, wovon die eine Art nicht in diesem §. 2. genannt, also ausgeschlossen ist, gehören, z. B. wenn eine Gemeinde einen Anger hat, den sie gemeinschaftlich als Torfstich und, wo solches außerdem möglich, als Gemeinde-Weide benutzt; oder wo ein Interessent die Weide, der andrre aber die Torf-, Steinbruch-Nutzung u. s. w. besitzt *). Ja die G. Th. O. er-

---

selbe nichts anders, als die Guts- und Erbunterthänigkeit, welche indeß mit allen ihren Folgen aufgehoben ward. Mithin, da auch alle die sich vorfindenden Prästationen in der Regel als Ausfluß derselben zu betrachten sind, so müßte sie, streng genommen, als gleichfalls aufgehoben anzusehen seyn (cf. meine rechtshistorischen Untersuchungen das gutsherrlich-bäuerliche Verhältniß in Deutschland betreffend, nebst einem kurzen Anhange über den Abzug an den bäuerlichen Leistungen, wegen der westphälisch-preußischen Grundsteuer. Bremen, bey Heyse 1822.

*) Selbst die obschon sehr verschiedenen Bestimmungen über die Einschränkungen der Gemeinheiten im §. 166. ff. der Gem. Th. Ordnung machen auch keine Ausnahme von obigen Grundsätzen; denn sie fügen den im §. 2 ib. erwähnten Gegenständen keine neuen hinzu, und beschränken sich in ihrer Anwendung vielmehr nur auf dieselben. Die im §. 171. 172. ib. erwähnte Leitung zweckmäßigerer Einrichtungen betreffen aber nur ökonomische Anordnungen, deren Beurtheilung nicht auf andere Gegenstände und einen noch umfassendern richterlichen Wirkungskreis ausgedehnt werden kann. Uebrigens wird, wie bey §. 142. der G. Th. O. demnächst ausführlicher zu zeigen, der oben im §. 2 erwähnte Wirkungskreis erweitert, so bald als im Laufe der Separationen dem Zwecke derselben auf andere Grundgerechtigkeiten hinderlich werden. Sie erscheinen also nur secundum quid, mithin nicht selbstständig als Gegenstände der Separationen. Obiger Umstand bestätigt übrigens noch mehr, daß, wie im §. 5. gezeigt, die Rechte selbst nicht abgeändert werden sollen. Denn da Gegenstände, die eigentlich nicht in den Bereich der G. Th. O. gehören, durch Zufälligkeiten in denselben fallen können; so läßt sich doch unmöglich annehmen, daß dadurch die Rechte selbst geändert würden.

wähnt hier nicht einmal ausdrücklich die Aufhebung der gemeinschaftlichen Benutzung der Wiesen ohne Behütung, z. B. durch Theilung des Heugewinnes, oder durch Empfangnahme der Heuerndte von dem einen, und der Grummeterndte von dem andern Theile. Streng nach dem Buchstaben („findet nur Statt") würde auch selbst diese letzte Auseinandersetzung daher nicht in diese G. Th. O. gehören, obschon der Ausdruck: Wiesen, und die im §. 3. allgemein erwähnte gemeinschaftliche Benutzung der Wiesen allerdings dieselben mit zum Gegenstande dieser G. Th. O. machen zu wollen scheinen. cf. §. 5. A. G. O. I. 43. §. 1.

§. 10.

c) Sonderung der ausgenommenen Gegenstände.

Es fragt sich nun bey den Gemeinheiten, welche nicht in der G. Th. O. erwähnt wurden, ob und in wie weit dieselben dem ungeachtet und auf welche Art sie einen Antrag auf Auseinandersetzung rechtfertigen können? 1) Bey denen, welche auf einem gemeinschaftlichen Eigenthume beruhen, ist es ganz unzweifelhaft, daß sie nach den gesetzlichen Bestimmungen des L. R. I. 17. §. 75 ff. cf. A. G. O. I. 43. §. 49. (als welche nicht aufgehoben wurden, obschon mehrere Gesetze daraus in die G. Th. O. mit hineingezogen sind. cf. §. 2 — 5.) nach wie vor und zwar von dem competenten Gerichte auseinandergesetzt werden müssen. 2) Zweifelhafter ist es dagegen Hinsichts der Gemeinheiten (immer in dem weitesten Sinne dieses Worts, als Gegensatz von Auseinandersetzung), welche auf Servituten beruhen. Deren Auseinandersetzung ist ausdrücklich im L. R. I. 22. §. 48. auf die Vorschriften des L. R. I. 17. §. 350 ff. verwiesen, diese letzten Gesetze aber, wie im §. 2. bemerkt, aufgehoben. Dem ungeachtet kann wohl nur nach §. 5. dieser 4te Abschnitt für die Gegenstände, welche die G. Th. O. befaßt, als aufgehoben betrachtet werden. Es würde derselbe daher

für die nicht erwähnten Fälle um so mehr als fortbestehend angesehen werden müssen, als ja nirgends die bisher gesetzlich zulässige Aufhebung der übrigen Grundgerechtigkeiten ausgeschlossen worden ist; vielmehr die Tendenz der neuern Gesetzgebung sich, als noch mehr dahin wirkend, ausspricht. Bey entstehender Einigung würde daher in diesem Falle gleichfalls nur von dem competenten Gerichte diese Auseinandersetzung nach den bisherigen Grundsätzen zu bewirken stehen. Uebrigens dürfte hier nach A. G. O. I. 43. §. 48. bey dergleichen anderweiten Grundgerechtigkeiten nur die Aufhebung mit gegenseitiger Einwilligung der Interessenten Statt finden können, um so mehr, da die A. G. O. über diesen Punct nicht speciell aufgehoben ist, mithin nur entgegengesetzte, hier nicht eintretende, Bestimmungen dieselben entkräften können. Will man sich streng an die Worte der G. Th. O. halten, so scheint übrigens auch das oben Gesagte, mit Ausnahme des letzten Punctes, dann eintreten zu müssen, wenn 3) wie oben erwähnt, vermischte Benutzungsarten vorhanden sind, und eine oder die andere dabey concurrirende Benutzungsweise nicht mit zum Gegenstande der G. Th. O. erhoben ist. Denn da für diesen Fall keine neuere Bestimmung existirt, so müssen noch die bisherigen Gesetze zur Anwendung kommen.

§. 11.

§. 3. Die bloß vermengte Lage der Aecker, Wiesen und sonstiger Ländereyen ohne gemeinschaftliche Benutzung, begründet keine Auseinandersetzung nach dieser Ordnung.

§. 12.

a) Der Antrag auf Separation setzt ein Benutzungsrecht voraus.

Vorstehender §. ist eigentlich nur eine angewendete Folgerung aus dem vorhergehenden §. 7. Denn wenn nur Eigenthums- oder Servituten-Rechte Gegenstand der Sonderung seyn können, so folgt daraus

von selbst, daß die bloße vermengte Lage der Aecker nicht hinreiche. Doch war es gut, die Dunkelheit, welche A. G. O. I. 43. §. 1. durch die Wörter „oder in vermischten Aeckern und Wiesen bestehet" veranlaßte, außer Zweifel zu setzen. Unter gemeinschaftlicher Benutzung (d. h. solcher, welche §. 2. der G. Th. O. ausdrücklich aufzählt) ist hier offenbar nur diejenige zu verstehen, welche durch eine Zwangsverbindlichkeit des einen Theils für den Andern, als ein, derselben entsprechendes Recht, mithin entweder als Ausfluß des Eigenthums und resp. Miteigenthums, oder als Servitut begründet ist. Daher können diejenigen gegenseitigen Gefälligkeiten, vermöge welcher nach L. R. I. 22. §. 136. zwey Nachbarn und resp. Gemeinden sich gegenseitig die Hütung auf ihren Feldern aus nachbarlicher Freundschaft und Gutwilligkeit gestatteten, keine Gemeinheitstheilung, und unter deren Vorwande keine Zusammenlegung der Grundstücke veranlassen, sondern es stehet jedem Interessenten frey, ohne weiteres nach Gutdünken wieder davon abzugehen. (L. R. I. 23. §. 137. G. Th. O. §. 18.).

§. 13.

b) Vermuthung dagegen.

Es muß daher, wo nicht ein gemeinschaftliches Eigenthum consistirt, vor allen Dingen geprüft werden, ob auch eine Gerechtsame und resp. eine wirkliche Grundgerechtigkeit nach §. 2. vorhanden ist. Denn nur diese letztern könnte alsdann eine Gemeinheitstheilung begründen, und dann nach Befinden der Umstände eine Zusammenlegung der Aecker herbeyführen. Da eine wirkliche Zwangsverbindlichkeit und resp. Beschränkung eines Eigenthums durch dieselbe nicht zu präsumiren (cf. meine Th. p. Grundsätze §. 78. 79.), vielmehr die Präsumtion nach L. R. I. 22. §. 136. I. 19. §. 14. 15. für eine gegenseitige Gefälligkeit ist; so würden übrigens etwa dabey vorkommende Zweifel und Dunkelheiten stets zu Gun-

sten einer gefälligen Nachsicht auszulegen seyn. Dieß um so mehr, da zur Begründung der Existenz einer Grundgerechtigkeit durch Verjährung der Nachweis gehört, daß dieselbe die erforderliche Zeit hindurch, neben den übrigen Requisiten einer Verjährung, als wirkliches Recht in Anspruch genommen und ausgeübt wurde (L. R. I. 22. §. 14. 28.). Vor allen Dingen muß daher erst dieß geprüft werden, und gehört die Behauptung, daß ein wirkliches Dienstbarkeitsrecht existire, und resp. die Angabe der Beweismittel für diese Behauptung, zu der Substantiirung einer solchen Provocation. Zuweilen dürfte die strenge Beachtung dieses Punctes sehr nothwendig und practisch wichtig werden! — Separationen sind zwar allerdings eine dringend nothwendige Wohlthat für das Wohl der Einwohner und der Landes-Cultur; indeß zuweilen sind sie unnütz, und die Anträge darauf nicht selten bloß durch Nebenzwecke, Chicane, Uebermuth oder Unkunde erzeugt. (cf. Anmerk. zu §. 52.).

§. 14.

a) Vom Provocationsrechte.

§. 4. Die Gemeinheitstheilung findet nur auf den Antrag eines oder mehrerer Theilnehmer Statt *).

---

*) Das L. R. verfolgte früher auch selbst beym Antrage auf Sonderung den wesentlichen Unterschied zwischen einer Dienstbarkeit und einem gemeinschaftlichen Eigenthume. Desgleichen bey diesem letztern wieder zwischen dem einer gewöhnlichen communio und einer Corporation. Denn bey der Aufhebung der Servituten konnte früher nur der Eigenthümer des belasteten Grundstücks auf Aufhebung der Hütungsgerechtigkeiten antragen (L. R. I. 22. §. 139. cf. dagegen §. 19. der G. Th. O.), eben weil jede Beschränkung in der Wahl des Belasteten eine Erschwerung der Servitut ist (cf. m. Th. p. G. §. 55.). Eben so konnte zwar bey einer zufälligen, oder durch förmliche Societätsverbindung entstandenen Gemeinschaft, jeder einzelne Theilnehmer, so weit ihm nicht Verträge entgegenstanden, auf Auseinandersetzung antragen (L. R. I. 17. §. 75. 269.). Dagegen aber bey Gemeinden, die sonst nach Mehrheit der Stimmen nur Beschlüsse fassen durften, (L. R. II. 6. §. 62.), konnte nur dann

§. 15.

§. 5. In der Regel kann nur der Eigenthümer auf Auseinandersetzung antragen.

§. 6. Doch sind auch solche Besitzer, die ein beständiges unwiderufliches Nutzungsrecht haben, und die erblichen Besitzer der nur in Cultur ausgethanen Güter (A. L. R. Thl. I. Tit. 21. Abschn. IV.) zu diesem Antrage berechtigt.

§. 7. In beiden Fällen müssen aber die Eigenthümer der Grundstücke bey der Auseinandersetzung selbst zugezogen werden.

§. 16.

Ueber die gesetzliche Präsumtion für das Eigenthum.

Uebrigens spricht überall rechtshistorische und gesetzliche Präsumtion für das volle Eigenthum des Besitzers. Insonderheit aber gehet aus unzähligen Stellen des A. L. R. diese unbedingte Vermuthung dafür ganz unbestreitbar hervor. Nur dann ist die speciell nachzuweisende Ausnahme (daß nämlich ein getheiltes Eigenthum existire) anzunehmen, wenn von demjenigen, welcher ein Eigen-

---

(schon abweichend von §. 48. 55.) ein Einzelner auf die Theilung antragen, wenn er nachzuweisen vermogte, daß und wie dieselbe zum Vortheile sämmtlicher Interessenten gereiche (L. R. I. 17. §. 316.). Es ist dieß indeß eigentlich keine (ohnehin, da von keiner Verwaltung hier mehr die Rede, durch L. R. I. 6. §. 182. unterstützte) Abänderung des Rechtsverhältnisses, sondern nur eine, schon im L. R. 11. §. 316. liegende Folge von der im §. 23 u. 24. der G. Th. O. ausgesprochenen factischen Voraussetzung, daß nämlich die Theilung wirklich zum Vortheil der sämmtlichen Interessenten gereiche. Es ist daher keinesweges das Rechtsverhältniß selbst dadurch geändert, sondern dieses nur die Folge eines vielleicht zu unbedingt ausgesprochenen Strebens nach Beförderung der Auseinandersetzungen, welche man nur durch das unbeschränkteste Recht des Antrags bewirken zu können glaubte. (cf. Thibaut S. d. P. R. §. 885. ff. §. 221. Leyser med. Libr. I. sp. 54. Nr. 3.) — Welche Schritte übrigens von Amtswegen secundum quid geschehen können, cf. demnächst weiter unten bey §. 169.

thum oder Obereigenthum in Anspruch nimmt, auf das vollständigste nachgewiesen wird, daß a) er selbst (oder sein Vorfahr) früher Eigenthümer des Grundstücks war, und b) daß er (oder sein Vorfahr) es nur mit ausdrücklichem Vorbehalt der vollen Proprietät, oder des Obereigenthums, dem Besitzer oder dessen Vorfahren überlassen hat. (cf. meine R. U. II. S. 103 — 122.) Für die Besitzer der unter dem Namen: in Cultur ausgethanen Güter, spricht, sobald selbst deren Existenz (daß sie nämlich wirklich in Cultur ausgethan) nachgewiesen ist, dieselbe Vermuthung, daß sie nämlich volle Eigenthümer ihrer Grundstücke sind, und kann nur der vollständige Beweis der Reservation des Eigenthums diese Vermuthung zerstören. (cf. meine R. U. II. S. 110. ff., wo auch über die Unbestimmtheit des Begriffs selbst das nähere erörtert wird.) Sobald letzterer Beweis daher nicht geführt ist; so bedarf es keiner im §. 7. d. G. Th. O. erwähnten Zuziehung, und genügt daher im Allgemeinen auch Hinsichts dieser Grundstücke die Vorladung der unbekannten Interessenten durch die Zeitungen.

§. 17.

§. 8. Auch müssen jene Besitzer §. 6., wenn sie eine Gemeinheitstheilung zwischen sich und dem Eigenthümer verlangen, mit dem Antrage auf Gemeinheitsaufhebung zugleich den Antrag auf Regulirung der gutsherrlichen Verhältnisse verbinden, insofern sie nach dem Edict vom 14. Septbr. 1811 und dessen Declarationen dazu befugt sind *)

*) Dieses Gesetz ist indeß nur für diejenigen Provinzen gegeben, welche durch den Tilsiter Frieden Preußen verblieben, keinesweges aber in den erst später hinzugekommenen Provinzen (in denen auch ohnehin verschiedene andere Verhältnisse existirten) Hinsichts der gutsherrlich-bäuerlichen Dispositionen, weil solche für diese Länder suspendirt wurden, mit eingeführt.

§. 18.

a) Unterscheidung. aa) ob der Gutsherr die volle Proprietät hat, oder bloß ein Miteigenthum an derselben besitzt;

Hier sind zwey von einander ganz verschiedene Fälle wohl zu trennen, nämlich 1) wenn der Gutsherr zugleich Eigenthümer der betreffenden Grundstücke mit der vollen Proprietät ist. — Was nun diesen ersten Punct anbetrifft; so würde hier, (da von einem bloßen temporairen Nutzungsrechte des Grundbesitzers hier nicht die Rede ist,) nur einzig und allein eine Erbpacht oder eine Verleihung des Grundstücks in Cultur denkbar seyn können. Beider Existenz muß aber streng nachgewiesen werden, da, wenn nicht der Beweis der Verleihung in Erbpacht oder Cultur nebst dem Vorbehalte des Eigenthums und daß der Grundbesitzer nicht Eigenthümer ist, vollständig geführt ward, die Vermuthung für das volle Eigenthum des letztern streitet. Ja aber auch selbst, wenn vollständig erhellet, daß der Grundbesitzer nicht Eigenthümer ist; so soll dennoch, wenn derselbe ein Bauer, die Vermuthung für ein vollständiges erbliches Nutzungsrecht Statt finden. (cf. meine R. U. II. S. 121. L. R. I. 21. §. 187. 634. II. 7. §. 305. 2) Wenn der Gutsherr Ober-Eigenthümer ist, so könnte er dieß nur in einem der drey im §. 9. (21.) erwähnten Fällen seyn (da ein Wiederkauf ganz anderer Natur ist). Diese sind aber nicht mit unter der obigen Bestimmung begriffen. Uebrigens bestehet auch dieses (bloß durch falsch verstandene römische Begriffe sich eingeschlichene sogenannte) Obereigenthum nur in einem, von den Gesetzen unbestimmt gelassenen, Miteigenthume an der Proprietät. L. R. I. 18. §. 1. (cf. meine R. U. II. S. 103. über das Wesen des Obereigenthums und der daraus folgenden Grundsätze nach der Natur desselben überhaupt und insonderheit nach dem Preußischen Rechte.)

§. 19.

bb) oder ob der Gutsherr gar keine Proprietät an dem bäuerlichen Grundstücke besitzt.

3) Ganz verschieden von den beiden obigen Fällen ist derjenige, wo der Gutsherr weder die volle Proprietät, noch auch das Miteigenthum an derselben besitzt. Denn beides ist nicht zu vermuthen, vielmehr die Vermuthung für das freye Eigenthum des Besitzers. Die früher als Regel aufgestellte Behauptung, es sey dem Bauer der Grund und Boden von dem Gutsherrn erbpacht-, nutznieß-weise u. s. w. ursprünglich überlassen, ist nur eine Fabel, welche zur Beschönigung und Erhaltung mehrfacher ungerechter Anmaßungen diente, und eine Menge von Irrthümern in diese Materie hineintrug. Das ganze gutsherrlich-bäuerliche Verhältniß ist nämlich von den Grundeigenthumsbeziehungen ganz verschieden, und nur zuweilen, obschon ganz für sich bestehend, mit dergleichen besondern Contracts-Verhältnissen, das Grundeigenthum betreffend, verbunden. Dasselbe ist politischen Ursprungs, und nur durch Mißbrauch der obrigkeitlichen Gewalt und späterhin durch den mittel- oder unmittelbaren Zwang der (in den Faustrechtszeiten entstandenen) Unzahl selbstsüchtiger Häuptlinge, so wie auch durch die sich gebildete Schutzsteuer-Verbindung erzeugt. Letztere, welche auf Gegenseitigkeit beruhet, wurde nach und nach dadurch verdunkelt, daß die Häuptlinge endlich sich unmittelbar oder mittelbar durch vertragsmäßige oder gewaltsame Unterwerfung unter Mächtigere dem Staatsoberhaupte wieder verbanden. Aus diesen Häuptlingen und nach Art derselben entstanden die spätern Guts-, Grund-Obrigkeiten, Erb-, Leib- und Gerichtsherren. Sie sind mit den Gutsherren, so wie das gutsherrlich-bäuerliche Verhältniß mit der Eigenschaft oder später gewöhnlich sogenannten Leibeigenschaft identisch. Durch verschiedene, nicht in dem historischen Begriffe der Eigenschaft (Unterordnung unter jemand, so wie z. B. der Rit-

ter als Söldner sich unterordnete, oder mit andern Worten, in dem Unterthanen-Verhältniß) liegende Mißbräuche derselben, so wie auch durch Mißdeutungen der in Deutschland früher vorgekommenen dienenden und resp. überwundenen Classe der Dienstboten (servi) und Verwechselung derselben mit den gerade am längsten wahrhaft freyen Deutschen (den Vorfahren des Bauernstandes); desgleichen auch durch vielfach versuchte, und factisch mitunter fast ganz gelungene Anwendung römischer Begriffe über Sclaverey, hat freylich dieses ursprüngliche Verhältniß der Gegenseitigkeit vielfache Auswüchse erhalten. Indeß nur da, wo die Mißbräuche am tollsten hauseten, haben diese das Wesen dieses Verhältnisses selbst aufgelöset, die Leibeigenschaft durch Beraubung oder Einschränkung des gegenseitigen Rechtsverhältnisses hart gemacht, und sogar hin und wieder den Bauern das Eigenthum geraubt. Es erfordert dieses aber in jedem einzelnen Falle, wie solches factisch und gesetzlich nöthig, einen vollständigen Nachweis. Denn nur hin und wieder zerrieben sie auf diese Weise in einem so hohen Grade die physischen und moralischen Kräfte des Staats. Durch diesen letzten unter sich verbunden, und hierdurch erst recht stark gemacht, opferten sie freylich bisweilen in diesen einzelnen Fällen gänzlich die, durch sie nur mittelbaren, Unterthanen des Staats ihren selbstsüchtigen Zwecken. Fast überall gelang es ihnen zwar, denselben eine drückende Fessel nach der andern anzulegen. Sie bewirkten dieß nämlich durch Benutzung des Mangels einer gesetzlichen Ordnung; durch die Hindernisse, welche sie derselben und der damit eng verbundenen, nur erst nach und nach von den Fürsten Deutschlands errungenen mehreren Selbstständigkeit entgegen zu stellen wußten; durch theuer verkaufte Hülfe in Zeiten der Noth; durch Nährung des Wahns, als wenn die Fürsten nur durch sie stark wären, und nur wenn sie ihnen recht viel Anmaßungen nachsähen, vom Volke

Steuern und Gehorsam zu erhalten vermochten; durch Mißtrauen, welches sie mit ihrem Anhange zwischen Volk und Fürsten (die sich gern ihrer natürlichen Staatsverbindung zufolge enger an einander anzuschließen strebten) stets zu nähren suchten; durch eine durch sie oder ihre Substituten verwaltete Rechtspflege, und durch mehr dergleichen ihnen stets eigen gewesene Operationen, die sie dann immer hinter vorgebliche sogenannte höhere ökonomische oder politische Zwecke zu verstecken suchten u. s. w. — Indeß durch alles dieses vermochten sie dem ungeachtet nur in den meisten Gegenden Deutschlands das ursprüngliche Verhältniß zu erschweren, und entweder durch eine Pseudo-Justiz, oder als Inhaber einer sog. polizeylichen Aufsicht, dasselbe zu erweitern, und ihm eine längere Dauer zu geben, als die Natur der Gegenseitigkeit bey den nach und nach ganz veränderten Umständen anderer Gestalt verstattet haben würde.

§. 20.

b) Folgerungen daraus.

Nachdem nun obiges trauriges Ueberbleibsel einer rohen Zeit der lange verhinderten Aufklärung, der damit einkehrenden mehreren gesetzlichen Ordnung, und der davon unzertrennlichen größern Energie der Staatskraft weichen mußte, und die Leibeigenschaft, oder das Erbunterthänigkeitsverhältniß, von welchem das Rescript vom 5. März 1809 selbst sagt, es sey „nach dem eigenen Geständnisse der Grundbesitzer und seiner Natur nach nie etwas anders, als eine polizeyliche Anordnung gewesen, welche nach dem jedesmaligen Culturzustande der Nation abgeändert werden könnte, und auch wirklich abgeändert worden ist" mit allen ihren Folgen in Preußen aufgehoben worden; so fragt es sich allerdings, was — da diese aufgehobene Leibeigenschaft nichts anders, als das obige gutsherrlich-bäuerliche Verhältniß selbst ist, dessen Begriff nicht gesetzlich festgestellt wird, solches auch nicht werden konnte, da er nur historisch (fa-

ctisch) zu entwickeln ist — noch zu reguliren seyn soll; besonders da diese sämmtlichen, daraus entspringenden Verpflichtungen nur rein persönlichen Ursprungs und nur in einzelnen Fällen ad rem scripta sind? Indeß dieß gehört in die Lehre von der Auseinandersetzung dieses guts-herrlich-bäuerlichen Verhältnisses selbst, und würde diese Entwickelung hier zu weit führen. Hier ist nur die Frage zu erörtern: wann jene Regulirung mit der Gemeinheits-auseinandersetzung zu verbinden gesetzlich nothwendig ist? Sobald diese gesetzliche Nothwendigkeit zur Anwendung kommen soll, muß erst streng erwiesen seyn, daß der Gutsherr (wenn dieser nach Feststellung dieses Begriffs ermittelt ist) wirklich Eigenthümer des provocantischen Grundstücks war, und noch ist. Es ist daher hiervon sehr wohl derjenige Ausfluß der polizeylichen Aufsicht über Besetzung und Bewirthschaftung der bäuerlichen Stellen zu trennen, welche nie dem Gutsherrn das Eigenthum oder das Recht, sich selbige selbst zuzueignen, ertheilte, selbst wenn er auch unter dem Vorwande der Justiz oder Polizey noch so ausgedehnt darauf einwirkte, und wohl gar sich für diese Wiederbesetzung eine Abgabe entrichten ließ, oder höchst willkührlich dabey zu verfahren sich anmaßte. Diese und andere zurückgebliebene Folgen der Gutsherrlichkeit haben (selbst wenn sie auch noch nicht hin und wieder aufgehoben wären) mit etwaigen davon ganz verschiedenen Eigenthumsverhältnissen gar nichts gemein. Ja sie sind mit denselben um so weniger zu vermengen, als §. 8. der G. Th. O. nur von dem Falle redet, wo zwischen dem Besitzer nach §. 6 ib. und dem Eigenthümer eine Provocation und zwar diese von dem erstern angestellt ist. Uebrigens muß man auf diesen Unterschied um so strenger wachen, als der Gesetzgeber nicht gegen das wahre Sachverhältniß und seine frühern Gesetze Bestimmungen erlassen konnte, überdieß bey diesen Verhältnissen der geringste Mangel an strenger Sichtung

der Begriffe zu den größten Verwirrungen und factischen Widersprüchen führen würde *).

§. 21.

§. 9. Nutzbare Eigenthümer eines Erbzins- und eines Lehnguts und die Nutznießer eines Fideicommißguts, imgleichen die wiederkäuflichen Besitzer, sind ebenfalls die Auseinandersetzung zu suchen berechtigt.

§. 10. Es bedarf auch der Zuziehung der Obereigenthümer, der Lehnsherren, der Lehns- und Fideicommißfolger und der Wiederkaufsberechtigten von Amtswegen nicht, sondern es steht den Theilnehmern dieser Art nur frey, auf die öffentliche Bekanntmachung der bevorstehenden Theilung sich zu melden und ihre Gerechtsame wahrzunehmen.

§. 11. Melden sie sich nicht, so müssen sie die ohne ihre Zuziehung bewirkte Theilung gegen sich gelten lassen, und sie können solche unter keinem Vorwande anfechten.

§. 12. Melden sie sich, so müssen sie mit ihren Einwendungen, insofern sie eine angebliche Unzulänglichkeit der Entschädigung für die Substanz und die Sicherstellung der Entschädigung in Capital oder Rente betreffen, gehört werden. Andere Einwendungen stehen ihnen nicht zu.

*) Wegen dieser Darstellung im §. 18—20. wird lediglich, da sonst hier eine unzählige Menge von übrigens dieselbe vollkommen bestätigenden klaren Gesetzstellen unnützer Weise gehäuft werden müßte, deren nothwendige Verbindung unter einander aber hier zu weit führen würde, auf meine rechtshistorische Untersuchungen, wo insonderheit auch aus den preuß. Gesetzen obige Grundsätze nachgewiesen sind (cf. Th. II. S. 1—154.), Bezug genommen. Uebrigens behalte ich mir vor, obigen Grundsätzen Punct für Punct in einer besondern Abhandlung noch anderweite Gründe und Beläge, um sie gegen jeden Zweifel zu befestigen, hinzuzufügen, so bald sich erst noch in denjenigen literarischen Blättern, wo solches noch nicht geschehen, wissenschaftliche Stimmen werden über die eben gedachte Schrift ausgesprochen haben.

§. 22.

Aus den vorstehendrn gesetzlichen Bestimmungen folgt 1) die Bestätigung, daß die G. Th. O. den aus der historischen Natur dieses Verhältnisses fließenden Grundsatz anerkenne, daß nämlich diese Eigenthumsbeziehungen nicht aus dem gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse fließen, und noch weniger der Gutsherr als ein Obereigenthümer zu betrachten ist; sondern vielmehr das Obereigenthum (als Miteigenthum an der Proprietät) eine ganz für sich bestehende eigenthümliche Natur hat. Es ist dieß nur eine Wiederholung des A. L. R. Denn auch dieses behandelte, der historischen Natur des gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisses getreu, dasselbe (als ein von ihm sogenanntes Unterthanenverhältniß) ganz für sich. Es sprach deshalb die obigen Präsumtionen insonderheit auch für den Bauernstand, obschon solchem als Unterthan ganz für sich bestehende Pflichten und Leistungen oblagen, aus (L. R. II. 7. §. 240. 246.), und verordnete überhaupt diese Beschränkungen des Bauernstandes grade Hinsichts der Grundstücke, welche den Bauern eigenthümlich zugehören (§. 246 — 298 l. c.). Auch erklärte es die Natur des Grundbesitzes lediglich für entscheidend (§. 298 — 307 l. c.). Es ergiebt sich aber auch, daß nicht die Regulirung des gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisses unbedingt eine Verbindung mit den Gemeinheitsauseinandersetzungen fordere. Vielmehr macht die G. Th. O. dieselben nur dann von einander im Fall einer Provocation des Verpflichteten abhängig, wenn nicht der bäuerliche Besitzer, sondern der Gutsherr Eigenthümer des mit in die Separation kommenden Grundstücks ist. Dieß ist auch sehr natürlich. Denn wenn solches vollständig erhellt, und dadurch die für den Grundbesitzer sprechenden unzähligen ganz unbestreitbaren Vermuthungen widerlegt werden; so kann man dem vollen Eigenthümer der Proprietät auch eine besondere

Abgeleitete Grundsätze.

Zuziehung nicht allein nicht versagen; sondern es muß auch, wenn der Besitzer bey einer G. Th. ein Eigenthum erhalten sollte, derselbe erst sich einen Anspruch darauf durch eine Auseinandersetzung mit dem Eigenthümer seines Grundstücks erwerben. — Ganz etwas anders ist es aber mit dem gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse als solchem. Eben weil es vom Eigenthum ganz verschieden und rein persönlich ist, so dürfen diese letztern auch nur als Real-Forderungen betrachtet werden (L. R. I. 18. 680. 681. 813. 814.). Ihnen muß es überlassen bleiben, sich, ganz abgesehen von dieser Gemeinheitssonderung, wegen der Natur der Gegenseitigkeit dieses Verhältnisses und mit Vorbehalt dieses Rechts zu reguliren, eben weil die hypothekarische Eintragung und resp. Veränderung der Hypothek in der Natur des Verhältnisses selbst nichts ändert.

§. 23.

§. 13. Antichretische Pfandbesitzer und immittirte Gläubiger können nur unter Beytritt und Zuziehung des Eigenthümers auf Gemeinheits-Aufhebung antragen.

§. 14. Nicht erbliche Nießbraucher und Zeitpächter sind nur dann auf Gemeinheitstheilung anzutragen berechtigt, wenn sie nach den Gesetzen über die Regulirung der gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse einen Anspruch auf die erbliche Ueberlassung der innehabenden Stellen haben, und mit der Gemeinheitsaufhebung die Regulirung der gutsherrlichen Verhältnisse verbunden wird *).

*) In dem preuß. Edict, die Regulirung der gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse betreffend, vom 14ten September 1811, ist bloß von Verwandlung der bäuerlichen Verhältnisse in Eigenthum, da, wo solches bisher noch nicht Statt fand, durch Ablösung der darauf ruhenden Dienstbarkeiten und Berechtigungen, gegen wechselseitige billige Entschädigung, die Rede (init. et §. 1.). Die Vorschriften desselben können daher auch

§. 15. Außer diesem Falle können bloße Nießbraucher, Zeitpächter und andere, die ihre Grundstücke nur vermöge eines, der Zeit oder Art nach, eingeschränkten Nutzungsrechtes besitzen, nur mit ausdrücklicher Genehmigung des Eigenthümers die Auseinandersetzung suchen. Letzterer hingegen ist wohl berechtigt, und ohne die Bewilligung jener Besitzer während der Dauer ihres Nutzungsrechts unter den §. 158 ff. bemerkten Maaßgaben, die Auseinandersetzung auszuwirken und zu vollziehen.

§. 24.

§. 16. Bey Gegenständen des gemeinschaftlichen Eigenthums ist jeder Miteigenthümer die Auseinandersetzung zu verlangen befugt *).

---

nicht auf diejenigen bäuerlichen Grundstücke, die schon früher Eigenthum waren, oder in Erbzins und Erbpacht verliehen sind, angewendet werden. (Declarat. vom 29. May 1816. Art. 2.) Dasselbe theilt sich daher in 2 Abschnitte, deren einer von den ohne Eigenthum erblichen Besitzungen, der andere aber von den unerblichen bäuerlichen Gütern handelt. Hinsichts der eigenthümlichen bäuerlichen Besitzungen soll es bey den gesetzlichen oder vertragsmäßigen Bestimmungen, rücksichtlich des Eigenthums, lediglich sein Bewenden behalten. (Edict §. 5.) Uebrigens setzt auch dieses Gesetz (dem auch das Gesetz vom 25. Sept. 1820. §. 15. 16 ff. correspondirt) voraus, daß bey denen Grundstücken, welche sich nicht im erblichen Besitz der bäuerlichen Wirthe befinden, wirklich die Gutsherren die Eigenthümer sind. §. 35 ib. Es paßt also nicht auf den Fall, wo sie es (wie als Regel anzunehmen) nicht sind; sondern nur vermöge ihrer bloß polizeylichen Gutsherrlichkeit den Mißbrauch dieser polizeylichen Aufsicht so weit getrieben haben, nach Belieben die Stellen zu besetzen. Durch Aufhebung der Leibeigenschaft und Erbunterthänigkeit ist diese offenbare Folge derselben auch ohne Entschädigung aufgehoben. Eine vollständigere Anwendung der neuen Gesetze, auf die nur allein richtige historische Basis gestützt, wird ad 43. d. G. Th. O. vorbehalten, da solches mehreren Zusammenhang erfordert.

*) §. 16. ist zwar im Allgemeinen ganz den bisherigen Grundsätzen entsprechend. Indeß konnte sonst der Antrag auf Theilung durch ausdrückliche Gesetze, Verträge oder rechtsgültige Willenserklärungen eines Dritten, wenn solche entgegenstanden, beschränkt werden. (L. R. I. 17. §. 75.) Dieß soll jetzt nicht mehr der Fall seyn, cf. §. 26—29. d. G. Th. O. Uebrigens ist auch dieß eigentlich keine Abänderung der frühern Bestimmungen, son-

§. 25.

Folgerung.

Der schon im §. 8. erwähnte Unterschied zwischen dem gemeinschaftlichen Eigenthume und den Dienstbarkeiten wird hier noch besonders verfolgt. Noch mehr Beweis, daß auch die aus diesem verschiedenen Rechtsverhältnisse fließenden Rechte auch besonders, ihrer Natur gemäß, gewürdigt werden müssen! — Dieser für Jeden, der Rechtsbegriffe verfolgt, nothwendige Unterschied wird übrigens um so dringender, als die Gem. Th. O. ihrem Zwecke getreu die verschiedenen Rechte dieser Verhältnisse nicht aufzählt; sondern sie nur in so weit hier berührt, als der Antrag auf Sonderung es erfordert (§. 5.). Zu bemerken ist übrigens noch, daß, wenn die G. Th. O. nicht jedes dieser Verhältnisse als abgesondert hätte betrachten wollen, es gar keiner besondern Erwähnung dieser verschiedenen Verhältnisse bedurft hätte.

§. 26.

§. 17. Bey Grundstücken, deren Eigenthum einer Stadt- oder Dorfgemeine zusteht, deren Nutzungen aber den einzelnen angesessenen Mitgliedern derselben gebühren, ist jedes zur Benutzung berechtigte Mitglied der Gemeine für die seinem Grundbesitz anhängende Theilnehmungsrechte auf Auseinansetzung anzutragen berechtigt.

§. 27.

a) Von der Beschaffenheit des Gemeinde-eigenthums. aa) ihrem Wesen nach.

Der vorstehende §. führt zur nähern Erörterung der durch den Druck ausgezeichneten 4 Hauptpuncte. Zunächst fragt es sich, wer hier vom Gesetz als Subject des Eigenthums angesehen werden solle?

---

dern nur eine, auf die allgemeine Voraussetzung, nämlich auf die Nützlichkeit der Gemeinheitstheilungen gestützte allgemeine Anwendung der Bestimmungen des L. R. I. 17. §. 79. 80. I. 5. §. 349 ff. 360 — 377 ff. Mit dem Eintritt der gesetzlich anzunehmenden Nützlichkeit und Möglichkeit fällt dann diese Bestimmung, so wie die gedachte Anwendung von selbst hinweg.

Die Wortfassung könnte leicht zu der Idee führen, als wenn hier, der Ansicht Mehrerer (cf. deren Widerlegung in m. Th. p. S. §. 43 — 48.) zufolge, zwischen gemeinschaftlichem und Gesammteigenthume unterschieden werden sollte, besonders da im §. 2. (§. 7.) letzteres noch besonders genannt, und auch das gemeinschaftliche Eigenthum in §. 16. (§. 24.) abgesondert erwähnt ist. Indeß würde man dadurch sehr irren. Denn 1) würde dieß sachwidrig seyn, und daher der Aufklärung durch die Rechtsgeschichte weichen müssen (cf. m. Th. p. S. §. 42 — 63.). 2) Es wird vielmehr durch die preuß. Gesetzgebung (cf. §. 5.) diese rechtshistorische Ansicht vollkommen bestätigt, daß nämlich das Vermögen der Gemeinheiten sich als gemeinschaftliches Eigenthum der Genossen ausbildete und die letztern nur erst späterhin durch den äußern Verkehr mit Dritten und durch eine geregeltere Verwaltung der gemeinschaftlichen Social-Verhältnisse in dem gesetzlichen Sinne moralische Personen wurden, ohne dadurch das Wesen ihrer gemeinschaftlichen Rechte und namentlich ihres gemeinschaftlichen Eigenthums aufzulösen. Daher werden auch im A. L. R. die Gemeinden ausdrücklich zu den Gesellschaften gerechnet. Dasselbe unterscheidet nur zwischen erlaubten Privat- und privilegirten Gesellschaften, keinesweges aber zwischen Mit- und Gesammteigenthum (A. L. R. II. 6. §. 1. 11. 22. 14.). Zu diesen privilegirten Gesellschaften gehören die Corporationen und Gemeinden (§. 25 ib.) und sollen insonderheit die Verträge und „die wegen des Betriebes der gemeinschaftlichen Angelegenheiten getroffenen Einrichtungen" für die Mitglieder dieser Gesellschaften die Verfassung ausmachen (§. 26 — 28. 31. ib.). 3) Desgleichen wird schon dadurch, daß überall der Wille der Mitglieder einer Gemeinde nur auf Bestimmung und Verfolgung des gemeinschaftlichen Zwecks der Gesellschaft gerichtet wird (§. 1. 11. 23. 25. 28. 42. 43. 71. u. a. m. ib.), die Gemeinschaft als Gat-

tung, von welcher diese Art der Gesellschaften nur eine Art seyn soll, ausgesprochen. Ferner werden 4) ausdrücklich die Rechte, welche der Gemeine zustehen, den einzelnen Mitgliedern zugestanden, und davon nur speciell diejenigen Vorrechte, welche nur der Gesellschaft als einer moralischen Person (also in ihrem äußern Verhältnisse gegen dritte, §. 81 ff. ib. cf. §. 13 ib.) ertheilt worden sind, ausgenommen; während sie über die innern Angelegenheiten durch Beschlüsse ihrer Mitglieder Bestimmungen fassen (§. 49 — 51 ff. ib.). 5) Ja die Gemeinden sollen sich sogar als privilegirte Gesellschaften in der Regel, sobald nicht etwas anders ausdrücklich festgesetzt ist, nach den Grundsätzen der übrigen erlaubten Gesellschaften reguliren. Mithin würden schon hiernach die Grundsätze des gemeinschaftlichen Eigenthums und dessen Vertheilung eintreten müssen (§. 23. 12. 17. 20 ib.). 6) Ueberdieß nennen die Gesetze sogar das der Corporation zustehende Vermögen ein gemeinschaftliches Vermögen, das zur Beförderung des gemeinschaftlichen Besten der Gesellschaft zu verwenden sey, und verordnen 7) endlich insonderheit, um auch jeden entferntesten Zweifel zu heben, es solle „derjenige Theil des Gesellschaftsvermögens, wovon die Nutzungen für die einzelnen Mitglieder bestimmt sind, nach den Rechten des gemeinsamen Eigenthums behandelt werden.“ (§. 70 — 72 ib. Th. I. Tit. XVII. Abschn. I.) Dasselbe wiederholt auch das L. R. II. 8. §. 160. hinsichtlich des Bürgervermögens nochmals ausdrücklich. Das A. L. R. hat daher den unrichtigen Unterschied zwischen Mit- und Gesammteigenthum nicht mit aufgenommen, sondern ausdrücklich auch bey dem Gemeindevermögen die Grundsätze vom gemeinschaftlichen Eigenthum adoptirt. (cf. die wichtigen Gesichtspunkte, welche daraus folgen, in m. Th. p. G. §. 49 — 65.) — Der Ausdruck „Eigenthum einer Stadt- oder Dorfgemeine“ ist daher nur in dem (ohnehin gesetzlich herzuleitenden)

Sinne genommen, als gemeinschaftliches Vermögen, welches dem Inbegriff der sämmtlichen Mitglieder einer Gesellschaft, die sich Stadt- oder Dorfgemeine nennt, gehört (§. 1. 25 ib.). Es ist daher nur jener Ausdruck für eine Abkürzung der letztern Umschreibung zu halten, und die sämmtlichen in einer privilegirten Gesellschaft verbundenen Mitglieder für das Subject (oder die Subjecte) des Gemeindevermögens anzunehmen. Dieß um so mehr, da ohnehin für die Dorf- und Stadt-Gemeinen die Grundsätze der Corporationen Anwendung finden sollen (L. R. II. 7. §. 19. II. 8. §. 108.). Die gesonderte Erwähnung dieser besondern Art des gemeinschaftlichen Eigenthums in der G. Th. O. hat offenbar nur darin ihren Grund, weil sie einem Hauptgegenstand bey den Separationen ausmacht und überdieß in Beziehung auf L. R. II. 6. §. 72. derjenige Theil des Gemeindevermögens, welcher in der gemeinsamen Benutzung der Mitglieder verblieb, besonders erwähnt werden mußte (cf. §. 29.).

§. 28.

bb) Hinsichts der Grundsätze, welche daraus folgen.

Daraus, daß die Grundsätze über gemeinschaftliches Eigenthum auch, wie eben gezeigt, auf die Gemeinheiten im engern Sinne des Worts gesetzlich angewendet werden müssen, folgt von selbst, daß auch die daraus zu ziehenden gesetzlichen Folgerungen darauf passen (cf. m. Th. p. G. §. 51 — 58.). Ueber die einzelnen Puncte derselben bedürfte es dieserhalb eigentlich keiner besonderen Bestimmungen der Gesetze. Indeß sind auch selbst diese vorhanden. Insonderheit wird auch der Grundsatz, daß jedes Mitglied einen idealen Antheil an der Gemeinheit habe (cf. §. 51 ib.), durch L. R. II. 6. §. 49. 89. II. 8. §. 13. 27. bestätigt. Dessen Umfang (§. 52 l. c.) durch die in L. R. II. 6. §. 70. 89. liegende Negative in Verbindung mit L. R. I. 17. §. 10. 25. 35.; ferner die

besondern Beziehungen (cf. m. Th. p. G. §. 53.) Hinsichts der Unveräußerlichkeit des Antheils rechtfertigen sich schon durch die, mit Verbindlichkeiten verknüpfte und durch dieselbe bedingte Natur der Rechte, die ohnehin (in so fern als nur ein Mitglied die den Rechten entsprechenden Verbindlichkeiten zu erfüllen vermag) an die Person als Mitglied geknüpft sind (L. R. I. 11. §. 382. Einleit. §. 99. I. 17. §. 68.). Desgleichen liegen sie schon in der Verletzung der übrigen Mitglieder durch Entziehung der Kräfte, welche die Tragung der, für die ihrem Zwecke nach fortdauernden gemeinnützigen Verbindung nothwendigen Lasten erfordert (L. R. II. 6. §. 25. 43. 89. 103. 177. 178. 184. 185.). Dieß letztere um so mehr, da jedes Mitglied sich allen Verpflichtungen durch den Eintritt in die Gemeinde unterwirft, welche die Grundverfassung erfordert, ohne von deren Beobachtung befreyt werden zu können, §. 36. 37 ibid. *). Aus diesem Verhältnisse und den eben allegirten Gesetzen fließt aber auch eben so von selbst, daß das einzelne Mitglied nicht ein Nutzungsrecht gegen seine Genossen (cf. m. Th. p. G. §. 54.) erwerben kann, als welches den Zweck der Verbindung auflösen würde. Hierüber, so wie über den Antrag (§. 55 ib.) und über die Größe der Antheile (§. 56 ib.), das Nähere indeß noch weiter unten.

*) Daß nach L. R II. 6. §. 192. unter gewissen Umständen nach gänzlicher Auflösung der Gemeinde deren Vermögen dem Staate verfällt, liegt in dem Begriffe eines herrenlosen Guts (§. 195 ibid.) und in der Natur des von jemand zu einem bestimmten Zweck erworbenen Eigenthums, und der damit verbundenen auflösenden Bedingung (L. R. I. 4. §. 152. 154. 155. 114.), obschon rechtshistorisch, wie auch L. R. II. 6. §. 192. voraussetzt, nur unter gewissen Umständen ein solches Verfallen eintreten konnte. —

§. 29.

b) Von der Trennung des Communal- und Cämmereyvermögens.

Das A. L. R. bestätigt vollkommen die (in m. Th. p. G. §. 64 u. 65. entwickelten) rechtshistorischen Ansichten über Cämmereyvermögen und über dasjenige Communalvermögen, welches der Benutzung der Communeglieder verblieben ist. Beides wird vielfach das gemeinschaftliche Vermögen der Gesellschaft genannt, nur mit dem Unterschiede, daß das von demselben zur Bestreitung der gemeinsamen Bedürfnisse und resp. eingegangenen Verbindlichkeiten zunächst bestimmte sogenannte Cämmereyvermögen auch zunächst verhaftet ist, und das übrige gemeinschaftliche Vermögen nur durch Beschlüsse, welche an frühere Bedingungen gefesselt sind, verhaftet werden kann. (L. R. II. 6. §. 91 — 93. 98. 110 — 113.) Dieß ist aber auch ganz in der Natur der Sache begründet. Nämlich wenn Anlagen und Beyträge gefordert werden, welche nicht in der durch die Stiftungsverfassung, dem Zwecke der Gesellschaft oder allgemeinen Gesetzen ausdrücklich oder stillschweigend begründeten Uebereinkunft der Gesellschaft liegen; so müssen natürlich alle Mitglieder diese Aenderung genehmigen (§. 64. 65 ib.), wogegen aber Hinsichts des Cämmereyvermögens, das einmal für die gemeinschaftlichen Zwecke bestimmt und dem Dritten als solches bekannt war, natürlich eine weniger große Beschränkung Statt finden kann (§. 91. 110 ib.). Eben so erscheinen die Repräsentanten, Vorsteher und Beamten der Gemeinde überall nur als Bevollmächtigte und Verwalter (§. 114. 117. 125. 131. 132. 135. 141. 147. 151. 167. 169 ibid. II. 8. §. 119. 134. 138. 143. Uebrigens wird für das Cämmereyvermögen (welches ohnehin nur bey den Städten besonders mit diesem Namen belegt zu seyn pflegt) keine besondere Grenze gezogen, vielmehr muß diese zu bestimmen, so wie auch davon abzunehmen oder zuzulegen, dem gesetzmäßigen Willen der Corporation überlassen bleiben, da

überhaupt die Verwaltung und Nutzung des der Corporation zustehenden gemeinschaftlichen Vermögens durch Schlüsse der Corporation angewendet werden soll (§. 70 ib. II. 8. §. 110.), es also auch von diesen abhängt, wie (ob als Cämmereyvermögen oder als gemeinschaftlicher Benutzungsgegenstand) es benutzt werden soll *). Uebrigens hat nur das wirkliche Cämmereyvermögen, sobald es zum Gegenstande einer besondern Verwaltung für die gemeinsamen Zwecke und Bedürfnisse erhoben ist, von den Gesetzen die Rechte der Minderjährigen erhalten (L. R. II. 8. §. 157. 149.). Diese wichtige Bestimmung ist um so weniger ausdehnend zu erklären, als das übrige Communalvermögen nur bey einzelnen Verfügungen der Genehmigung des Staats bedarf, und solches (in dieser Hinsicht scharf von den juribus minorum des Cämmereyvermögens geschieden, §. 161. 162 ib.) nur an gewisse Einwilligungen gebunden ist, die in Ansehung des gemeinschaftlichen Vermögens der Corporationen überhaupt erfordert werden. (§. 163 ib. II. 6. §. 83 — 85.)

§. 30.

Fortsetzung. Nur auf Separation des der gemeinsamen Benutzung verbliebenen Communalvermögens, nicht aber auf die des Cämmereyguts, so

*) Die Städteordnung vom 19. Novbr. 1808. §. 53. verstattet unbedingt die Verwandlung des Bürgervermögens in Cämmereyvermögen. Die mannichfachen übrigen Bestimmungen dieser Städteordnung werden hier um so eher übergangen werden dürfen, als dieselben überhaupt nur mehr die Form der Verwaltung in den Städten und die Vereinigung und resp. Vermehrung der Bürger aus politischen Gesichtspuncten in Betrachtung zog, weniger aber für das Wesen der hier in Betracht zu ziehenden Rechtsverhältnisse von Interesse seyn dürfte, ohnehin auch, da sie in den hinzugekommenen Provinzen nach der Cabinets-Ordre vom 2. Juny 1820 noch nicht gelten soll, ihr fortdauernder Einfluß noch unbestimmt erscheint, und diesem höchst wichtigen Gegenstande vielleicht noch eine das Wesen selbst ergreifende Bearbeitung bevorzustehen scheint.

lange letzteres als solches besteht, ist das einzelne Mitglied berechtigt anzutragen. Bey Dorfgemeinden, so wie auch in kleinen Städten, ist der Unterschied, sobald nicht bloß eine Naturalbenutzung der einzelnen Mitglieder Statt fand, oft sehr schwierig aufzufinden. Die Verwaltung hat mitunter dem Ortsvorsteher allein Namens der einzelnen Mitglieder zugestanden, mitunter aber auch nicht, sondern die Verwaltung ist durch besondere Bevollmächtigte (Viertels-Männer u. s. w.) Namens der sämmtlichen Mitglieder, und für sie selbst, geschehen. Die Einnahme ist nicht selten zu Gegenständen verwendet, von denen es zweifelhaft, wozu sie gehören. Die Sichtung der Cassen ist häufig nicht immer genau beobachtet. Die Zuschüsse von den Mitgliedern sind sowohl zu der einen wie zu der andern Casse gemacht, und daher in dieser Beziehung die Nutzungen von vielen Grundstücken allerdings den einzelnen Mitgliedern zugeflossen, theils weil sie durch dieselben mehrere Zuschüsse enthoben, theils weil auch öfters die Ueberschüsse unter die einzelnen Mitglieder getheilt wurden. — Wegen dieser Schwierigkeit der Unterscheidung dürften da, wo nicht durch besondere Inventarien das Cämmereyvermögen gesondert und einer vom Staate angeordneten Curatel speciell unterworfen ist (als wodurch stets ein Hauptcriterion für die Unterscheidung gegeben wird, L. R. II. 8. §. 149.), folgende Hauptgrundsätze festzustellen seyn: a) Sobald als entweder Naturalbenutzungen damit für die Mitglieder verbunden waren, oder aber wirkliche Vertheilungen der etwaigen Ueberschüsse Statt fanden; so müssen die Grundstücke als der gemeinschaftlichen Benutzung verbliebene angesehen werden, da die Bestimmung der Nutzungen für die einzelnen Mitglieder das unterscheidende Merkmal ist, ohne Unterschied, in welcher Gestalt sie zu den Nutzungen gelangen (L. R. II. 6. §. 72.). b) Im zweifelhaften Falle spricht die Vermuthung für das in gemeinsamer Benutzung verbliebene gemeinschaftliche Eigen-

thum und nicht für die Bestellung als Cämmereygut, theils weil dieses doch erst aus jenem, durch eine vollständigere Corporationsbildung entstand, theils weil auch selbiges immer eine nicht zu vermuthende, sondern in jedem einzelnen Falle nachzuweisende Sonderung, und zwar eine für permanent erklärte Sonderung voraussetzt.

§. 31.

c) Nur ein Mitglied hat das Recht auf Theilung anzutragen.

Nur ein Mitglied der Gemeinde wird hier erwähnt, und dieß auch aus dem ganz richtigen Grunde, weil eben nur ein Mitglied, als solches, einen Antheil an der Gemeinheit hat. Daß nur dieses, und zwar nur in seiner Eigenschaft als Mitglied, einen solchen Antheil besitzen könne, ergiebt sich schon aus dem Societätsverhältnisse, welches die Gemeinde bildet (cf. m. Th. p. G. §. 43. 44 und oben §. 27. 28.). Indeß es folgt auch noch aus andern darauf speciell Bezug habenden Gesetzen, z. B. L. R. II. 6. §. 68. 107. 108. 177. 178. II. 8. §. 2. 13. 20. 24. 109. — Uebrigens wird hier (was bisher nicht der Fall war, cf. Anmerk. zu §. 14.) jedem Mitgliede (nämlich mit Rücksicht auf §. 32. ff.) das Recht zum Antrage auf Separation ertheilt. Bey den bisherigen Grundsätzen über die Separationen lag die Beschränkung darin, daß die Corporationen gerade in diesem Puncte von den übrigen Gesellschaften sich unterscheiden, denn jedes Mitglied erwirbt durch seinen Eintritt in eine Corporation nur ein Stimmrecht, das der Mehrzahl der Stimmen untergeordnet ist (L. R. II. 6. §. 37. 38.). Das einzelne Mitglied hat daher an und für sich nur ein durch seine Mitgliedschaft selbst beschränktes Recht auf dergleichen Anträge. Die Absicht des Gesetzgebers bey Ertheilung eines erweiterten Provocations-Rechts (welches er, weil es die erst später eintretende Theilung betrifft, unbeschadet der übrigen Rechte an der Gemeinheit selbst und ohne seinem Gesetze eine einwir-

kende Kraft zu verleihen, erhöhen konnte,) ist offenbar auf ein edles Bestreben, die bisherigen Fesseln, welche auf einem freien Betrieb lasteten, wegzunehmen, gerichtet *).

§. 32.

b) In wie weit dessen Grundbesitz dabey in Betracht zu ziehen? aa) als Bedingung der Mitgliedschaft.

Die Worte „für die seinem Grundbesitz anhängende Theilnehmungsrechte" scheinen endlich zu sehr erheblichen Zweifeln zu führen, und bedürfen dieselben daher der allergenauesten Prüfung. Obschon nämlich diese Worte dadurch von selbst bedingt sind, daß, wie schon §. 31. bemerkt, die Mitgliedschaft vorausgesetzt wird, und nur die Mitglieder auf Theilung antragen können; so geben doch die bey dieser Gelegenheit aufgeregten Zweifel zu zwey Fragen Veranlassung, nämlich: 1) Kann nur ein Mitglied, welches mit Grundstücken angesessen ist, auf Theilung antragen? und 2) In wie fern hängt das Theilnehmungsrecht dem Grundbesitze an? Was nun die erste Frage anbetrifft, so ist es zwar allerdings wohl meistens factisch Regel, und war es besonders früher mit sehr seltenen Ausnahmen überall statutarischer Grundsatz, daß

*) Auch ist selbst zur Beförderung der Theilung eine solche Bestimmung durchaus nöthig, nur ob vielleicht nicht wenigstens einige Beschränkungen dabey zu beobachten seyn dürften, möge hier anheim gestellt werden. — Indem nämlich jedem einzelnen Gliede das Recht, seinen Antheil zu verlangen, in Ermangelung einer etwaigen gütlichen Einigung (die um so weniger in praxi eintreten dürfte, als sonst bald einer nach dem andern, dem Wunsche nach Vermeidung der Kosten ein größeres Stück abpressen würde,) ertheilt ist; so giebt dieß nicht selten zu Separationen Veranlassung, wo eigentlich so gut als gar nichts zu separiren ist. Nebenrücksichten, schiefe Ansichten von den möglichen Vortheilen, Unbekanntschaft mit den Nachtheilen veranlassen nur zu leicht einen oder den andern, auf eine Separation anzutragen, bey welcher abzusehen ist, daß nur weniges oder gar nichts zu erlangen steht. Eine ganze Gemeinde hat mitunter wegen der Caprice einiger weniger Menschen ungeheure Kosten und niemand eigentlich Gewinn.

niemand vollständiges Mitglied einer Commune werden konnte, der nicht mit gewissen Grundstücken in derselben angesessen war. Allein es war hierdurch die Mitgliedschaft nur bedingt, d. h., zu den Bedingungen, unter welchen jemand nur Mitglied einer Gemeinde werden konnte, gehörte unter andern auch der Besitz eines gewissen Grundstücks (in der Stadt gewöhnlich der eines Hauses und in den Dörfern der einer Ackerwirthschaft ohne Rücksicht ihrer Größe). Die eigentliche Quelle der Mitgliedschaft und der daraus entspringenden Rechte war nur einzig und allein das Socialverhältniß, welches aus den ursprünglichen Genossenschaften sich nach und nach zu den spätern Corporationen heraufbildete. Der ausdrückliche oder stillschweigende Societätsvertrag ist und bleibt mithin der letztere Rechtsgrund, und die mannichfaltigen Normen, welche daraus als statutarische Einrichtungen u. s. w. hervorgehen, sind selbst nur eine Folge dieser Societätsverbindung und mit dem Willen derselben wechselnd und verschieden. Im Zweifel müssen aber deshalb stets die Grundsätze über Gesellschaften entscheiden. *) Man

*) cf. m. Th. v. G. §. 32 — 39. 59 — 63. Der ausdrückliche Societätsvertrag als conditio sine qua non findet in der Regel nur bey den Städten (L. R. II. 8. §. 14. 109.) Statt, wogegen in den Dörfern der stillschweigende Vertrag die Regel bildete, sofern man nicht hin und wieder die Unterthanen-Annahme von Seiten der Gutsobrigkeit (welche gleich den Magisträten in den Städten Namens der societas handelte und nach und nach die polizeyliche Gewalt der Gesellschaft vorherrschend machte, als deren Substitut der Dorfschulze oft handelte,) als einen ausdrücklichen Vertrag annehmen muß. Ob und in wie weit die Existenz eines solchen ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrages anzunehmen sey, kann nur aus der jedesmaligen Observanz (Ortsgewohnheit, Statut, Gewohnheitsrecht) und resp. aus concludenten Handlungen in jedem einzelnen Falle beurtheilt werden. Durch diese ergiebt sich auch, ob und in wel-

darf daher auch nur immer die Mitgliedschaft als die Quelle des Rechtsverhältnisses ansehen, nicht aber das Mittel, um dazu zu gelangen, für den Erwerb des Rechts selbst halten. Denn jede Commune sicherte sich gern gegen eine nicht wünschenswerthe Vermehrung ihrer Mitglieder durch unangesessene Menschen, und suchte durch Ansässigkeit zugleich eine Bürgschaft für Erfüllung der Verbindlichkeiten, welche das Mitglied für die Vortheile als solches überkommt. Ueberdieß lag es schon in der ursprünglichen Entstehungsweise der Gemeinschaften (cf. m. Th. p. G. §. 59 — 63.), daß auf dem Lande die Zahl der ursprünglichen Genossen, welche aus der sonst ungleich größern Gemeinschaft Ackerwirthschaften gebildet hatten, sich durch die letztern erhielt. Daher beschränkte sich in den Dörfern noch bey weitem mehr die Zahl der Mitglieder einer Gemeinde nur auf die Ackerstellen. Nicht selten wurden auch durch Vereinigung

---

cher Art die Mitgliedschaft auf eine gewisse Anzahl oder auf die Besitzer gewisser Grundstücke beschränkt, und ob oder wie weit der Besitz eines bestimmten Grundstücks Bedingung dieser Mitgliedschaft ist. Dieserhalb finden sich in den Dörfern, wo in der Regel die Mitgliedschaft durch die Zahl gewisser Hofstellen (Nachbarrechte) bestimmt ist, worin auf der andern Seite eben so auch die Unzulässigkeit der Verringerung dieser Mitgliedschaften liegt, diese Mitgliedschaften mit den Hofstellen verbunden, daher denn auch durch den Besitz mehrerer Hofstellen mehrere Mitgliedschafts-(Rechte und Pflichten oder Nachbar-)Rechte gegeben werden. Immer bleibt aber der Vertrag oder die Societätsverbindung die Urquelle der Rechte und Pflichten. Denn daß der bloße Besitz eines Grundstücks dieselben nicht ertheilen könne, liegt in der Natur der alten Genossenverbindung, welche sich auch in den Nachfolgern der frühern Genossen (Nachbarn-Nachbarrechte, Hofstellen) permanent erhielt, so wie auch in den Bestimmungen des A. L. R. II. 8. §. 2. 109. 13. Wie soll auch der Besitz eines Grundstücks A zu einer Schlußfolge berechtigen, daß, weil Titius das Grundstück A besitze, er auch einen Antheil an dem dritten Grundstücke, dem Weidereviere B habe? — Ueber die Merkmale, wer als Mitglied anzusehen sey, und über die Antheile der Mitglieder an der Gemeinheit, cf. m. Th. p. G. §. 56 — 70. (Ueber die Beamten cf. L. R. II. 8. §. 159.)

mehrerer dieser Ackerstellen eben so viel Nachbarrechte in einem Besitzer vereinigt, und erhalten. Ja es wurde auch sogar häufig jeder Besitzer einer solchen Stelle eo ipso Mitglied. — Das mehrere hierüber ad §. 41. d. G. Th. O. und weiter unten in §. 63 ff. (cf. m. Th. p. G. §. 60 — 63.) Bey den Städten war dagegen deren Entstehung und Bildung mehr auf feste Wohnsitze und deren Vermehrung gerichtet. Daher war auch der Besitz eines Hauses früher gewöhnlich die Hauptbedingung, und ist es zum Theil, wo nicht neuere politische Einrichtungen andere Bestimmungen getroffen, noch. Ja selbst wo Einzelne in den Städten vermöge dieser spätern Abweichungen auch ohne diesen Hausbesitz das Bürgerrecht erwarben, ist noch immer nicht daraus mit Gewißheit zu folgern, daß sie die volle Mitgliedschaft, d. h. die vollen Rechte eines Mitgliedes erwarben. Man kann es daher wohl allerdings in den meisten Gegenden als Regel annehmen, daß durch den Besitz gewisser Grundstücke der Erwerb der Mitgliedschaft bedingt war und noch ist. Indeß mit dieser häufig oder gewöhnlich stattfindenden Bestimmung, welche das Gesetz in seiner Fassung nur anzudeuten scheint, ist keinesweges ein Rechtsgrundsatz gegeben, oder wohl gar die Zulässigkeit einer Ausnahme abgeschnitten, vielmehr dieselbe sogar im §. 41. tit. C. d. G. Th. O. ausdrücklich anerkannt. Auch soll (abgesehen von der dieß sehr erweiternden, obschon nicht die daraus fließenden Rechte berücksichtigenden Städteordnung von 1808,) nach L. R. II. 8. §. 17. „wo nicht Statuten eines Orts noch besondere Erfordernisse vorschreiben" demjenigen, der hinreichende Fähigkeit zum Betrieb eines bürgerlichen Gewerbes besitzt und von unbescholtenem Wandel ist, die Ertheilung eines Bürgerrechts nicht versagt werden. Dieß läßt es wenigstens zweifelhaft, ob ohne besondere Statuten jemanden, auch wenn er kein Haus besitzt, das Bürgerrecht ertheilt werden müsse, welches indeß wohl,

sobald der Wille der Corporation eben wegen der historischen Entstehungsweise zu verneinen seyn dürfte. — Das Nähere hierüber weiter unten.

§. 33.

bb) als Bedingung der Provocation.

Hier nur noch die Erörterung der Frage, wenn jemand nachweiset, daß er ein mit vollen Rechten eines Genossen versehenes Mitglied sey, obschon er nicht den in der Regel zum Mitgliede erforderlichen Grundbesitz hat; ob er dennoch gleich einem solchen damit angesessenen Mitgliede auf Auseinandersetzung antragen dürfe, oder nicht? Diese Frage ist unbedenklich zu verneinen. Denn die G. Th. O. ist hinsichtlich dieses Provocationsrechts als eine Abweichung von den, aus dem allgemeinen, auch früher gesetzlich anerkannten Rechtsverhältnisse der Corporationsverbindung folgenden Principien anzusehen (cf. Anmerk. zu §. 14 und §. 31.). Sie muß mithin als solche streng ausgelegt und auf die von ihr nur genannten angesessenen Mitglieder eingeschränkt werden. Zugleich würde aber auch ein solches Mitglied dadurch zugleich das Recht in Anspruch nehmen, sein mit Verbindlichkeiten verknüpftes Recht zu veräußern, welches es nach §. 28. nicht darf, und welches ihm um so weniger ohne Zustimmung der Gemeinde eingeräumt werden kann, als ja eben dadurch der Gesellschaft mit den entzogenen Kräften zugleich die Sicherheit und Gelegenheit, ein mit dem erforderlichen Grundbesitz versehenes Mitglied wieder zu erhalten, für die Zukunft schwindet. Denn letzteres ist nur dann nicht der Fall, wenn ein mit dem zur Mitgliedschaft erforderlichen Grundbesitze versehenes Mitglied seinen Antheil von der Gemeinschaft ausgeliefert erhält. Nämlich alsdann ist doch anzunehmen, daß stets ein neues Mitglied sich finden werde, weshalb denn auch die zur Bedingung der Mitgliedschaft in der Regel erforderlichen Besitzungen nicht zusammengezogen werden durften, ohne daß die verschiedenen, aus einer

mehrfachen Mitgliedschaft entspringenden Rechte und Verpflichtungen fortdauernd gesondert blieben (L. R. II. 8. §. 78. 81.). Ueberdieß wächst ja das Theilnahmerecht eines Mitgliedes durch dessen Abgang den übrigen Mitgliedern zu (L. R. II. 6. 177. 178.); sie würden daher offenbar in ihrem Rechte dadurch verkürzt.

§. 34.

cc) als Pertinenz.

Aus obigem Gesichtspuncte betrachtet beantwortet sich die zweyte Frage (cf. §. 32.) eigentlich von selbst. Denn dieser Zusatz „für die seinem Grundbesitz anhängende Theilnehmungsrechte" spricht gleichfalls nur die Regel aus, und zwar noch mit Berücksichtigung des Gesichtspunctes, daß eben, wenn der Grundbesitz Bedingung der Mitgliedschaft ist, auch nothwendig die Theilnahme an den Rechten demselben anhängen muß; so daß jemand alsdann mit andern Worten die Mitgliedschaft nur als Besitzer eines gewissen Grundstücks erlangen kann. So gefaßt, ist der Satz richtig. Ganz falsch dagegen würde es seyn, wenn man denselben umdrehen und sagen wollte: Jeder, welcher ein Grundstück besitzt, ist Mitglied einer Gemeinde, in deren Bezirke dieses Grundstück liegt, und hat dadurch die Rechte eines Mitgliedes derselben (also gegen Willen und Wissen einer Corporation, zu der er gehören will). Noch größer aber würde dieser Verstoß und solches eine wahre petitio principii seyn, wenn man noch weiter gehen, und dergestalt die Rechte als eine Pertinenz des Grundstücks betrachten wollte, daß jeder davon abgelösete Theil einen Antheil an den Rechten der Mitgliedschaft erhalte. Ja wenn man sogar so weit diese pet. princ. übertreiben wollte, von der Größe des Grundbesitzes die Größe der Theilnahme an den Rechten abhängig zu machen; so würde dadurch die allergrößte Inconsequenz und Ungerechtigkeit gegen eine Menge einzelner factischer Rechtsverhältnisse begangen werden. Die Be-

weise dafür sind schon von mir in m. Th. p. G. §. 21 — 31. geliefert, so wie denn überhaupt die genauere Beleuchtung der bisherigen irrigen sog. Theilnehmungsmaßstäbe (mit welchen diese Pertinenzansicht genau zusammenhängt) dieselbe erst recht eigentlich in ihrer wahren Blöße und Hinfälligkeit zeigt. Auf diese (cf. §. 10 — 39 ib.) wird daher hier lediglich verwiesen (cf. übrigens auch weiter unten §. 50.). Hier nur noch folgende Bemerkungen: 1) Die Gesetze sprechen eigentlich nur von Pertinenz-Stücken, d. h. von Sachen, welche mit einer andern Sache in eine fortwährende Verbindung gesetzt worden sind (L. R. I. 2. §. 42.). In welcher Art sollten nun wohl die Gemeindereviere in eine solche fortwährende Verbindung mit irgend einem einzelnen Grundstücke eines Mitgliedes gesetzt worden seyn, und wer soll ihnen gegenseitig diese Eigenschaft gegeben haben? Das ganze Grundstück der Gemeinschaft ist doch unmöglich ein Pertinenzstück z. B. des einzelnen Hauses, dessen Besitzer die Mitgliedschaft hat. Wie soll aber ohne Theilung ein getheiltes Stück davon jene Eigenschaft erhalten haben können? Ja wenn jemand erst nach Erbauung eines neuen Hauses die Mitgliedschaft erhält und vermöge dieser einen vollen Antheil an den Rechten der Gemeinschaft bekommt; so kann man doch nur dieß als Folge der oberwähnten Mitgliedschaft ansehen, und ist hier doch eine Pertinenz-Eigenschaft beider gar nicht denkbar. Ja wie ist man berechtigt, aus L. R. I. 2. §. 46. (worauf man sich gewöhnlich stützt) eine von selbst folgende Pertinenz-Eigenschaft herzuleiten? Wo ist hier eine (getrennte) Nebensache, ohne welche eine Hauptsache zu ihrer Bestimmung nicht gebraucht werden könnte? Grade der mannichfaltige, sehr verschiedenartige, theils mögliche, theils wirkliche Gebrauch dürfte doch wohl das Gegentheil zeigen. Gar nicht zu rechtfertigen aber ist es, wenn man sogar aus §. 48 und 61. vergl. mit §. 1 ib. die Pertinenz-Eigenschaft herleiten will, weil „alle auf einem Landgute

(oder städtischen Grundstücke) befindlichen Sachen, welche zum Betriebe des Ackerbaues und der Viehzucht gebraucht werden" als Pertinenzstücke desselben anzusehen seyn sollen. Wie giebt der Besitz eines Grundstücks A ein Recht auf den Besitz oder die Benutzung eines Grundstücks B? Wenn jemand eine Sache einem Grundstücke als Pertinenz einverleiben will, muß er dieselbe doch erst besitzen. Wie kann man daher aus der Wahrscheinlichkeit, daß, wenn er eine Sache besäße, er dieselbe mit einer andern muthmaßlich verbinden würde, einen Schluß ziehen, daß er sie wirklich besitzen müsse? Ueberhaupt hat ja der Besitz eines im ausschließlichen Eigenthume befindlichen Grundstücks mit einem außer demselben besessenen gemeinschaftlichen Reviere an und für sich gar keine Verbindung. Jedes dieser beiden Besitz- und resp. Eigenthums-Rechte erfordert offenbar seinen besondern Erwerbungsgrund, und läßt sich daraus, daß derselbe für die Erwerbung des einen Rechts einen hinreichenden Grund abgegeben, keinesweges ein Schluß ziehen, daß auch für die andere Erwerbung ein hinreichender Rechtsgrund vorhanden sey. Auch hat ja das Mitglied kein Recht der Veräußerung seines aus der Mitgliedschaft fließenden Miteigenthumsrechts (§. 28.). Es kann daher auch nicht durch eine bleibende Verbindung dieses letztern Rechts sich die Veräußerung anmaßen *).

§. 35.

Fortsetzung. 2) Im uneigentlichen Sinne bezieht man zwar auch die Pertinenz-Eigenschaft mit auf Gerechtigkeiten (cf. A. L. R. I. 2. §. 69., wo

*) cf. auch Müller pract. civil. march. res. 116. Nr. 5 und 8. Desal. resol. 18. Nr. 9. Dieser Meinung ist auch Mevius decis. P. VIII. dec. 275: Tunc ut non amplius est de universitate, sic nec ejus jure seu servitute uti potest. — — Mutato rerum statu et jus pro eo competens immutatur. — Nec est jus domino praedii in eo quicquam immutandi, nedum cum aliquo praedii servientis incommodo, tanto minus quod gravior inde fieret vicini fundi servitus.

indeß Zubehör noch von Pertinenzstück getrennt wird). Indeß dieß ist unrichtig, und in einem ganz andern Sinne zu nehmen. Ein Recht kann nie ein Pertinenzstück seyn, sondern das Recht stehet alsdann der Sache selbst (jedem Besitzer derselben) zu. Dieß letztere kann aber nur bey der Lehre von Servituten, nicht aber hier der Fall seyn. Uebrigens wären auch selbst bey den Realservituten der Beweis und Erwerbungsgrund der Verbindung anzugeben, und die bloße Behauptung, daß diese oder jene Gerechtigkeit dazu gehöre, nicht genügend (cf. meine Th. p. S. §. 71. 72. 91 — 93.). Wer daher die Behauptung, daß die Theilnehmungsrechte einem Grundstücke gehören, aufstellen wollte, der würde wohl den Beweis dafür schuldig bleiben. Auch müßte er offenbar wiederum eben so an dem Umstande scheitern, daß diese Rechte nur ein Ausfluß der Mitgliedschaft und unveräußerlich sind; so wie auch daran, daß, wenn selbst jene Mitgliedschaft durch den Besitz eines bestimmten Grundstücks bestimmt sey, dem ungeachtet durch den bloßen Besitz dieses Grundstücks keinesweges eo ipso die Rechte der Mitgliedschaft erworben würden. Denn wenn z. B. wegen eines durch infamirende Strafen befleckten Lebenswandels, oder wegen Mangels besonderer statutarischer Erfordernisse, rechtliche Einwendungen, sowohl gegen die Mitgliedschaft, als auch gegen den Erwerb einer für ein wirkliches Mitglied tauglichen Stelle, einer Gemeinde zustehen; so würde doch wohl niemand daran zweifeln, daß ihr, selbige zu opponiren, unbenommen bleiben müßte, und dem Erwerber jene daraus fließenden Rechte daher nicht durch den bloßen Besitz eines Grundstücks gegeben seyn könnten. Uebrigens bestätigen auch die klaren Worte der Gesetze diese Ansicht. Denn nach L. R. I. 17. §. 3. soll kein Nutzungsrecht (als worin sich doch obige Stellung dieser Sache auflösen würde) an dem gemeinschaftlichen Eigenthume erworben werden können (cf. meine S. über die erwerbende Verjährung 1824. §. 26 — 30.). Nicht zu gedenken der unendlichen Wider-

sprüche, in welche sich die G. Th. O. durch eine entgegengesetzte Ansicht verwickeln würde! *)

---

*) Noch einige Fragen für diejenigen, welche an jeden Kloß Acker ein Stückchen Hütungsgerechtsame kleben wollen, zu den ausführlichern in m. Th. p. G. §. 10—51. dieserhalb gemachten Bemerkungen. Man denke sich hier den Fall: Jemand, der in der Commune A mit einem Ackergehöfte angesessen ist, besitzt schon seit undenklichen Zeiten in der Feldmark B Acker. Niemand weiß, daß er oder seine Vorbesitzer jemals auf die der Gemeinde B gehörige Weide Vieh hingetrieben haben, auch wäre solches ohne eine dazu vorher nöthige Berechnung und Feststellung, wie viel Vieh dieserhalb aufgetrieben werden dürfte, durchaus nicht möglich gewesen. Eben so würde es ihm auch nie beygekommen seyn, jemals Vieh wegen dieses Ackers in der Gemeinde B aufzutreiben. Jetzt erst, als er bey der in B vorgenommenen Separation zugezogen wird, sagt man ihm, daß er wegen seines Ackers auch einen Anspruch auf Abfindung machen könne! — Soll er nun, der weder Mitglied jener Commune ist, noch ein Hütungs- oder Theilnahmerecht in seinem Contracte oder denen seines Vorbesitzers (was übrigens dem Dritten nicht präjudiciren könnte) zugesichert erhalten hat; ja, dem es auch nie eingefallen ist, ein Recht an jener Gemeindeweide in B geltend zu machen, dem ungeachtet von diesem Gemeinde-Anger in B einen Antheil bekommen? Offenbar erhielte er ein Recht im Schlafe. — Ferner, wenn nun derselbe sogar vermöge einer Verjährung als Besitzer jenes Ackers, den er in der Feldmark B besitzt, eine Hütungsgerechtigkeit auf irgend einer andern Feldmark erhalten, und von derselben bey einer dort stattgefundenen Separation nach §. 35. der G. Th. O. abgefunden wäre; würde er dann dem ungeachtet noch bey einer spätern in B stattfindenden Separation wegen dieses Ackers zum zweyten Male abgefunden werden können, und selbst dann noch, wenn er bereits an dem erstern Orte für alles Vieh, was er für seine Grundstücke möglicherweise halten könnte, für voll abgefunden worden ist? — Wie ferner, wenn derselbe, weil vielleicht in dem Orte, wo er früher Abfindung bey der Separation erhielt, eine Viehordnung existirte (wobey nicht erhellet, ob sein Acker in B berücksichtigt ist, oder nicht), an gedachtem Orte nur eine bestimmte Viehzahl in Anrechnung bringen konnte; muß er auch, wenn er nach dieser dort abgefunden wurde, dem ungeachtet nochmals in B abgefunden werden? und wie soll dieß geschehen? Soll dabey die ganze Feldmark noch Behufs dieses Antheils an dem Anger in B abgeschätzt werden, um den allgemeinen Durchwinterungsmaßstab zur dasigen Viehordnung, und dann wieder das Verhältniß der dem gedachten Ackerbesitzer in derselben zugetheilten Anzahl Vieh zu seiner Durchwinterungsmöglichkeit heraus zu finden? — Wenn ferner in B auf der andern Seite eine Viehordnung existirte, worin derselbe nicht mit aufgeführt ist, oder wenn durch Sta-

§. 36.

Fortsetzung.

3) Ja angenommen auch, daß man das Theilnahme-Recht an der Gemeinheit als ein Pertinenzstück eines Grundstücks betrachten könnte; welches Grundstück soll denn als dasjenige, dem es angehöre, angesehen werden? Es stehet nämlich die Pertinenz-Eigenschaft durchaus nicht zu vermuthen (Thibaut l. c. §. 265. Stryck. de probat. pertinentia-

---

tuten oder sonst in B für die einzelnen Mitglieder gewisse Antheile feststehen? Wie soll aber auch selbst dann, wenn der auswärtige Ackerbesitzer keine Abfindung für seinen Acker in der Gemeinde seines Wohnorts erhielt, daraus eine Verbindlichkeit erwachsen, daß er wo anders Etwas dafür erhalten müsse? Ja wie wenn nun wohl gar in einer Gemeinde, wo eine spätere Separation entsteht, der Betheiligte bloß um deshalb eine Entschädigung verlangt, weil er in der Gemeinde, wo sein Acker liegt, ihn an die andere Gemeinde gewiesen hat, oder umgekehrt, und dann zu spät eine Rechtserörterung nöthig wird? — Wem alle diese Zweifel keine Ueberzeugung von der Unrichtigkeit, daß die Theilnahme-Rechte an der Gemeinheit ein annexum des Grundbesitzes wären, verschaffen, den frage ich: Wenn vom Grundbesitz die Theilnahme-Rechte an Gemeinde-Grundstücken abhängen, hat auch derjenige einen Antheil an der Gemeindeweide in B, der in der Feldmark dieses Ortes einen Steinbruch, eine Lehm-, Torfgrube, einen Karpfenteich oder wohl gar einen großen mächtigen See besitzt, ohne jedoch Mitglied zu seyn? Wenn man hier vielleicht entgegnen wollte, daß dergleichen Besitzer kein Vieh davon nähren könnten; so liegt doch am Tage, daß die bloße Möglichkeit, ein Recht nicht zu besitzen, nicht das Recht selbst ertheilen kann. Denn sonst würde wohl jeder reich seyn müssen, weil er Geld besitzen könnte! — Wie wenn er den See trocken legt und ihn noch so lange als Acker benutzt, ohne je ein Hütungsrecht geltend zu machen? Endlich, wie wenn nun jemand diesseits eines Flusses eine große Wiese und mehrere andere Grundstücke besitzt, ohne daß er je Vieh über diesen Fluß, und noch weniger auf die Grundstücke und Gemeindeänger von A trieb, erhielt er dann auf einmal ein Recht dazu, wenn bey einer Stromregulirung und resp. Austauschung zwischen zwey Ländern dieser Fluß zur Grenze genommen, und aus landespolizeylichen Rücksichten die diesseits belegenen Grundstücke mit zu der Feldmark A geschlagen worden? Der Ausdruck Feldmark ist erst eine spätere, nichts entscheidende, durch polizeyliche und Staatsbesteuerungsrücksichten entstandene Abgrenzung großer Bezirke, ohne daß aber der Besitz in einer Feldmark eine Mitgliedschaft in einer Gemeinde erwerben könne. cf. Anmerk. zu §. 91.

rum), und nehmen Pertinenzstücke nur so lange, als sie bey der Hauptsache sind, an einem Rechte derselben Theil (L. R. I. 2. §. 105.). Sie verlieren dieses Recht durch dauernde Trennung (§. 106 ib.) und hört, sobald ein einzelnes Stück im ordentlichen Laufe der Natur oder des Geschäfts von dem ganzen abgesondert wird, die Theilnehmung desselben an den Rechten und Lasten des Inbegriffs auf (L. R. I. 2. §. 37. 106. I. 7. §. 52—54. 77—79.). Ueberdieß gehen auch selbst Grundgerechtigkeiten durch den bloßen non usus, wie weiter unten zu zeigen, verloren, und dürfen durch Vertheilung nicht erschwert werden (§. 28. cf. auch meine Th. p. G. §. 111. und L. R. I. 19. §. 22. 23.). Es ist daher gar nicht abzusehen, wie wenigstens auf einzelne Theile des Hauptguts (dessen Besitz vielleicht als Bedingung der Mitgliedschaft angesehen werden mag) eine verhältnißmäßige Theilnahme an den Gemeinheitsrechten übergehen könnte! — Denn wenn einmal ein bestimmtes Grundstück als die Hauptsache, welcher die mehrgedachten Gerechtsame ankleben, betrachtet werden könnte; so müssen ganz unfehlbar auch bey diesem diese Gerechtsame verbleiben. Wenigstens können sie auf keine Weise sich zertheilen, und so bey jedem einzelnen Theilchen des Grundstücks zerstückelt verbleiben. Schon durch diesen einzigen Gesichtspunct sind daher die, welche ein Hütungsrecht als Pertinenz jedes Stückchens Acker betrachten, gezwungen, diese in jeder Hinsicht unbegründete Ansicht zurückzunehmen. Daher waren auch schon immer die Aecker in den Städten (wo die Häuser das Hauptbesitzthum für die Mitgliedschaft) nicht unzertrennlich von den Häusern. Aus demselben Grunde können auch bey den nachmals eben so zur Trennung verstatteten ländlichen Grundstücken die Gerechtsame an den Gemeinheitsgrundstücken nur einzig und allein bey den Stammhöfen (als den ursprünglichen Besitzungen, durch welche die Mitgliedschaft bedingt war,) verbleiben (L. R.

II. 8. §. 82.) und sie dürfen gar nicht einmal theilweise mit veräußert werden.

§. 37.

§. 18. Bey wechselseitigen Dienstbarkeiten, insonderheit bey Koppelhütungen (A. L. R. Th. I. Tit. 22. §. 135.), kann jeder Theil die Aufhebung derselben nach den Grundsätzen dieser Ordnung verlangen. In Rücksicht der wechselseitigen Hütungen, die auf nachbarlicher Freundschaft und Gutwilligkeit beruhen, hat es bey der Vorschrift des A. L. R. a. a. O. §. 137. sein Bewenden.

§. 19. Bey einseitigen Dienstbarkeitsrechten steht der Antrag auf Aufhebung zwar auch dem Berechtigten zu, jedoch nur unter den §§. 86 und 94. bemerkten Einschränkungen *).

§. 38.

Zu unterscheiden sind a) die aus der Gemeinschaft zurückgebliebenen Nutzungen.

Des Zusammenhanges wegen hier einige Worte über die Unterscheidungen, welche aus der eigenthümlichen Natur der verschiedenen Nutzungsrechte, die man bisher gewöhnlich irrigerweise unter dem Ausdruck der Servituten zusammenfaßte, fließen. Dieselben hier genauer zu erörtern, würde zu weit führen. Ich verweise deshalb lediglich auf meine Th p G. §. 71 — 125. Die daselbst entwickelten Grundsätze sind nämlich (wie dort gezeigt) nur eine strenge, bis in das practische Detail verfolgte Anwendung der wenigen, sich über Servituten nur vorfindenden allgemeinen Principien, welche in den gesetzlichen Beyspielen nur ihre mehrere Bestätigung erhalten. Sie finden daher auch nach dem A. L. R. um so mehr noch ihre volle An-

*) Zu diesen einseitigen Dienstbarkeiten gehören auch die Hütungsrechte, welche einzelne Einwohner in den Gemeinden besitzen, ohne Mitglieder derselben zu seyn.

wendbarkeit, als dasselbe jene allgemeinen Principien, woraus sie gefolgert werden müssen, adoptirt hat, auch die Natur der Sache und logische Consequenz nach wie vor in Kraft bleiben. Auf jene ausführlichere Erörterung daher lediglich Bezug nehmend, hier nur einige wenige allgemeine Bemerkungen über die einzelnen Hauptarten derselben. 1) Was nämlich zuvörderst die (von den reservirten Servituten wohl zu unterscheidenden) in §. 73 — 77 ib. erörterten, aus dem gemeinschaftlichen Eigenthume zurückbehaltenen Rechte der Hütung, Forstnutzungen u. s. w. betrifft; so gehören dieselben unter die §. 16. der G. Th. O. in der allgemeinsten Wortbedeutung aufgeführten „Gegenstände des gemeinschaftlichen Eigenthums." Sie wurden dieserhalb hier nicht im §. 3. 18 und 19. d. G. Th. O. erwähnt, und müssen daher auch nach den Grundsätzen des gemeinschaftlichen Eigenthums behandelt werden. Denn wenn auch im A. L. R. nicht diese Gattung von Rechten besonders abgehandelt wird; so gehören sie doch nach L. R. II. 6. §. 72. (welcher allgemein vom Vermögen redet, besonders da nach L. R. I. 17. §. 1. die Lehre des gemeinschaftlichen Eigenthums auch auf die gemeinschaftlichen Rechte angewendet werden muß, und L. R. I. 8. §. 17. auch diese gemeinschaftliches Eigenthum nennt,) offenbar unter die Grundsätze des gemeinschaftlichen Eigenthums. Dieß letztere um so mehr, da die im L. R. I. Tit. 22. entwickelte Lehre von den Grundgerechtigkeiten oder Realservituten (Gerechtigkeiten der Grundstücke gegen einander) nicht paßt, dagegen aber das Factische jenes Verhältnisses theils nicht von der Eigenthümlichkeit seiner Rechte ausgeschlossen werden kann, theils es aber auch nicht ist. Denn L. R. I. 22. §. 12. 26. unterscheidet sehr wohl zwischen Rechten auf fremdes Eigenthum und Grundgerechtigkeiten. Ja das L. R. I. 19. §. 1. beschränkt unter dem allgemeinen Ausdruck „Befugnisse", die Jemanden an einer Sache

oder

oder Rechte zukommen, und wodurch dasselbe eingeschränkt und belastet werde, nicht im entferntesten die factische freye Erörterung über die Mannichfaltigkeit der in dieser Beziehung denkbaren und factischen Verhältnisse. Man thäte daher unrecht, wenn man alles unter einzelne besonders herausgehobene Gegenstände einschichten wollte. Wohin wollte man z. B. eine bloß persönliche Hütungsservitut hinbringen, deren gültige Constituirung doch wohl niemand bestreiten wird. Folgerungen aus der factischen Sachlage und aus allgemeinen Grundsätzen, welche das A. L. R. eben so gut anerkennt, geben übrigens von selbst die Rechtsnormen an die Hand, welche diese Gattung von Nutzungsrechten natürlich wesentlich von den auf fremdem Grund und Boden erworbenen Servituten unterscheidet. Daß man beide nicht von einander zu trennen pflegte, mußte nothwendig die größte Verwirrung in diese Materie bringen. cf. meine Th. p. G. §. 74—77. *).

§. 39.

b) Koppelhut.

Wenn auch hier 2) Koppelhütungen mit unter wechselseitige Dienstbarkeiten begriffen werden, so ist dem ungeachtet (da es nicht auf eine bloße Wortfassung hier ankommt) die ursprüngliche Natur der Koppelhut (precaire gegenseitige Hütung ohne Zwangsverbindlichkeit) vor allen Dingen in Betracht zu ziehen. Die Nothwendigkeit dieses Grundsatzes bestätigen nicht allein rechtshistorische Erörterungen (cf. m. Th. p. G. §. 78. 79.), sondern auch die G. Th. O. selbst, welche nur von der ursprünglichen Koppelhut zu derjenigen wechselseitigen Hütung übergehet, die späterhin sich in eine wirkliche Servitut verwandelte, indeß den Namen Koppelhütung fortbehielt. Denn die G. Th. O. erfordert ausdrücklich

*) §. 38—48. sind nur kurze Andeutungen. Eine vollständige Verfolgung der Principien nach preuß. Recht wird für §. 44 ff. d. G. Th. O. vorbehalten, obschon meine Th. pr. G. dafür lediglich die Basis bleiben.

zu derjenigen Koppelhütung, welche als Servitut angesehen werden kann, die ausgebildete Zwangsverbindlichkeit und unterscheidet von einer hierdurch nur erst entstehenden Servitut sehr wohl diejenige Art der Koppelhut, welche als die ursprüngliche und eigenthümliche Koppelhut in Betrachtung zu ziehen und als solche rein precairer Natur ist. Diese letztere hebt sich von selbst und bedarf keiner Separation (A. L. R. I. 22. §. 137.). Sie giebt aber auch zugleich den Charakter für andere precaire gegenseitig bewilligte Nutzungen, z. B. des Holzes. Auch spricht für dieselbe die Vermuthung. Denn wenn es auch scheinen möchte, als wenn L. R. I. 22. §. 135. die Koppelweide in der Regel als eine Grundgerechtigkeit nehmen wollte; so setzt dieser §. doch die Existenz einer Zwangsverbindlichkeit voraus, und lassen L. R. I. 19. §. 14. 15. I. 22. §. 22. 24. 136. es ganz unzweifelhaft, daß die Existenz einer solchen wechselseitigen, erst dadurch entstehenden Servitut auf das strengste und vollständigste nachgewiesen werden muß. So lange solches nicht geschehen, ist die precaire Natur der Koppelhut stets zu vermuthen. Diese kann sich dann allerdings auch insonderheit in den §. 136 ib. angegebenen Kennzeichen spiegeln, ohne deshalb gerade auf diese Merkmale beschränkt zu seyn *).

§. 40.

c) Mithut.

Wenn 3) die Mithut als eine eigenthümliche Art der Hütungsgerechtigkeiten (obschon auch andere Nutzungen den Charakter der Mithut

*) cf. auch Magd. Pol. Ordn., wo es Cap. 31. §. 7. heißt: Die Kuppeltrift, zu Recht compascuum mutuum benannt, mag zu aller Zeit, ohne Verjährung, als ein precarium reciprocum widerrufen werden, sie wäre dann über Menschengedenken auf eines Theils vorgegangene Prohibition und des andern requiescenz verjähret, oder aus einer Nothwendigkeit, als eine gemeine Kuppeltrift gebraucht, oder es wären deswegen gewisse Verträge, daß solche nicht aufgekündigt werden könnte, vorhanden, auf diese Fälle ist sie nach Art und Eigenschaft einer Dienstbarkeit unwiderruflich; es wären dann alle dabey interessirte Theile mit der Widerrufung einig.

haben können) nicht besonders von den Gesetzen abgehandelt wird; so liegt dieß in der unendlichen Fülle denkbarer und factischer Verhältnisse, welche nicht alle von den Gesetzen aufgeführt werden können. Nur diejenigen, welche sich in ganz verschiedenen Rechtsformen ausgebildet haben, schufen besondere gesetzliche Materien. Die übrigen Verhältnisse reguliren sich entweder danach, oder nach allgemeinen Rechtsprincipien. So auch hier die Mithut. Die durch die eigenthümliche Natur der Mithut (cf. m. Th. p. G. §. 80—85.) gegebenen Grundsätze finden daher auch hier volle Anwendung, da ihnen Sachlage und allgemeine Rechtsprincipien zur Seite stehen, entgegenstehende Bestimmungen aber sich nicht vorfinden.

§. 41.

b) Eigentliche Servituten; aa) im allgemeinen.

Die im gemeinen Recht (cf. m. Th. p. G. §. 86—93.) aufgestellten allgemeinen Grundsätze, wodurch sich eigentlich die Lehre von den Servituten von selbst entwikkelt, sind auch von dem A. L. R. anerkannt. Nach demselben sollen nämlich Einschränkungen und Belastungen des Eigenthums eben so niemals vermuthet werden (L. R. I. 19. §. 14. I. 22. §. 26.). Selbst dann, wenn das Daseyn einer Einschränkung klar ist, so soll die Vermuthung für diejenige Art der Einschränkung Statt finden, welche dem Eigenthümer am wenigsten lästig ist (I. 19. §. 15.). Ja sogar dann, wenn die Art und Gattung des Rechts auf eine fremde Sache an sich bestimmt ist, muß dennoch dasselbe im zweifelhaften Falle, so viel es seine Natur und der ausdrücklich erklärte Zweck seiner Bestellung zulassen, zum Besten des Eigenthümers eingeschränkt werden (§. 17 ib.). Auch soll diejenige Art der Ausübung allemal gewählt werden, welche dem Eigenthümer am wenigsten lästig oder nachtheilig ist (§. 20 ib.). Ueberhaupt darf die Servitut nicht erschwert

oder vergrößert (§. 23 ib.) und soll bey Beurtheilung des Bedürfnisses immer auf die Zeit der Einräumung und der dabey vorwaltenden Umstände gesehen werden (§. 24 ib.), ohne daß durch Veränderungen, welche nicht in dem vorhergehenden Umstande gegründet sind, die Last des Verpflichteten zu erschweren ist (§. 25 ib.). Diese allgemeinen Grundsätze würden schon allein hinreichen, die in meiner Th. p. G. §. 87—126. entwickelten Ansichten überall zu bestätigen. Indessen mögen doch auch hier einige kurze Parallelstellen Platz greifen.

§. 42.

bb) Feststellung der Servituten durch rechtsgültige Willenserklärungen.

Auch das A. L. R. erkennt rechtsgültige Willenserklärungen (die es übrigens, so weit sie nach seiner Erscheinung geschlossen wurden, an mehr Formen knüpfte, cf. z. B. I. 5. §. 109 ff.) als eine ganz für sich bestehende und auch nur aus sich selbst zu beurtheilende und zu erklärende Quelle der Servituten an. Aus ihnen sollen zunächst der Gegenstand und die Grenzen des Rechts entnommen werden (L. R. I. 22. §. 27.) Sie sind nebst der Verjährung die einzigen Erwerbungsarten der Grundgerechtigkeiten (L. R. I. 22. §. 13.). Die dabey im gemeinen Rechte (cf. m. Th. p. G. §. 88.) in Betracht zu ziehenden Verbotsbestimmungen folgen übrigens aus den A. L. R. gleichfalls *). Denn daß die im L. R. I. Tit. 21. erwähnten Nutzungsrechte der Person, und nicht der Sache zustehen, und auch nicht als fortdauernde Rechte einer Sache constituirt werden können, ergiebt deren Natur. Eben so auch der Umstand, daß nur die von ihnen schon durch ihre Stellung ganz geschiedenen Servituten im

*) Da hier nur allgemeine Principien festgestellt werden, die speciellen Vorschriften aber weiter unten bey den verschiedenen einzelnen Absonderungen vorkommen sollen, so finden dergleichen einzelne Verbotsgesetze, wie z. B. L. R. I. 22. §. 118. hier keinen Platz.

Tit. 22 ib. als Grundgerechtigkeiten (als einem Grundstücke zustehend) aufgeführt worden sind. — Daß aber diese Grundgerechtigkeiten nicht in Nutzungen bestehen können, die nur durch Handlungen derer, deren Rechte eingeschränkt werden sollen, gewährt werden, fließt schon aus dem auch vom A. L. R. adoptirten Grundsatze, daß Verträge überhaupt nicht über Handlungen dritter Personen geschlossen werden können (L. R. I. 5. §. 40 ff.). Auch reden L. R I. 19. §. 16. und I. 22. §. 30. nicht von Nutzungen, welche durch Handlungen erzeugt werden, sondern bloß von Reparaturen des dienenden Grundstücks. Diese Gesetze sprechen übrigens sogar die Vermuthung gegen eine solche Verpflichtung, selbst auch nur hierzu, aus. Den Ausnahmefall, wo solcher Statt finde, beschränken sie zwar nicht ausdrücklich auf die servitus oneris ferendi. Indeß es sind doch die nähern Bestimmungen über jene Verbindlichkeit zur Unterhaltung der Sache von der Art, daß man darin die von den Römern über jene serv. on. fer. angenommenen Grundsätze nothwendig wieder erkennen muß (I. 22. §. 35—38 cf. mit 55—58 ib.). — Daß ferner jede Servitut einen für jeden Besitzer des berechtigten Grundstücks bleibenden Nutzen gewähren muß, folgt unmittelbar aus dem allgemeinen Grundsatze, daß nutzlose Verträge auf Antrag desjenigen, welcher dadurch belastet ist, vom Richter aufgehoben werden müssen (L. R. I. 5. §. 70.). — Darüber, daß endlich nur an fremden Grundstücken und wenigstens nicht durch Verjährung eine Dienstbarkeit an dem Miteigenthume erworben werden könne, cf. m. S. über die erwerbende Verjährung §. 26—28. Die allgemeinen Grundsätze über die Auslegung dunkler Bestimmungen bey den durch Privatwillkühr errichteten Servituten (cf. m. Th. p. G. §. 90.) werden auch überall durch das A. L. R. bestätigt und ist es nur eine Folge der auch gemeinrechtlich selbst bey Verträgen über Servituten stattfindenden Einschränkung der letztern, daß dieselben im

zweifelhaften Fall zu Gunsten des Verpflichteten auszulegen sind (L. R. I. 21. §. 8.).

§. 43.

cc) in Ermangelung einer solchen rechtsgültigen Willenserklärung; α) von Seiten des Berechtigten, αα) im allgemeinen.

Ganz in Uebereinstimmung mit den in §. 41. entwickelten Grundsätzen spricht sich das A. L. R. auch da aus, wo in Ermangelung etwaiger rechtsgültiger Willenserklärungen, oder bey deren Unzulänglichkeit, Grundgerechtigkeiten nur durch Verjährung erworben werden können. Selbst wenn sich derjenige, welcher eine Verjährung behauptet, im Besitze der Nutzungen befindet; so soll dennoch die Vermuthung so sehr gegen die Beschränkung durch eine solche Grundgerechtigkeit sprechen, daß derselbe noch besonders nachweisen muß, die Befugniß als ein wirkliches Recht und nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung in Besitz genommen, und (neben den übrigen hier nicht besonders zu erörternden Requisitionen einer Verjährung) die erforderliche Zeit hindurch ausgeübt zu haben (L. R. I. 22. §. 14. I. 7. §. 181 ff.). Ferner soll eine solche Verjährung gegen einen und denselben Besitzer des belasteten Grundstücks angefangen und vollendet worden seyn (§. 24 ib.). Wie streng übrigens der erstere Nachweis geführt werden müsse, ergiebt sich schon aus den obigen überall zu Gunsten des angeblich verpflichteten Grundstücks aufgestellten Grundsätzen. Diese dabey zu vernachlässigen, ist um so weniger ein Grund vorhanden, als die einzige Vermuthung, welche L. R. I. 22. §. 15. für den wirklichen Rechtsanspruch aufstellt (nämlich eine zur Ausübung der behaupteten Befugniß in dem belasteten Grundstücke gemachte neue Anlage), von der Art ist, daß sich eine Milderung der strengen Verfolgung jener Grundsätze durchaus mit nichts rechtfertigen lassen würde. — Hält man diesen Hauptgesichtspunct fest; so ist es rein unbe-

greiflich, wie man trotz der, noch dazu ausdrücklich aufgestellten Verordnung, daß Grundgerechtigkeiten, die durch Verjährung erworben worden (also selbst solche Rechte, bey denen die sämmtlichen Requisite einer Verjährung vorhanden sind), sich nur so weit erstrecken, als der (natürlich für jeden einzelnen Punct neben Existenz der übrigen Requisite) verjährungsfähige Besitz gegangen ist (§. 28 ib.), aus jedem oft noch so unbedeutenden Benutzungsrechte eine Grundgerechtigkeit im vollsten Umfange machen, und ganz gegen obige sich so klar und deutlich ausgesprochene Grundsätze von dem Belasteten den Beweis einer Beschränkung auf einen geringer als den (?) willkührlich abgenommenen Umfang fordern könne! — Dem ungeachtet ist diese unbegreifliche Willkühr die Grube, in welche die Praxis gewöhnlich die Rechte des Belasteten stürzt. — Dieselbe stellt nämlich gewöhnlich jede Spur von Grundgerechtigkeit unter eine der in §. 55. 63. 80. 146. 187. 197. 201. 240 ib. aufgeführten Arten derselben, um sie nach den daselbst darüber vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen zu beurtheilen. Indeß man bedenkt dabey nicht, daß diese Gesetze nur von denen Grundgerechtigkeiten reden, welche bereits in einem allgemeinen unbestimmten Umfange erworben wurden. Diese Gesetze setzen also zuvörderst den Beweis voraus, daß eine solche Gerechtigkeit im allgemeinen unbestimmten Umfange, sey es durch einen Vertrag oder durch Verjährung, wirklich erworben worden ist. Wessen Grundstück freylich (wie z. B. §. 80 ff. ib. annehmen) ganz allgemein das Recht hat, sein Vieh auf die Grundstücke eines andern zu hüten, oder wem nach §. 201. eine Holzungsgerechtigkeit ohne weitere Einschränkung und Bestimmung wirklich zukommt, der kann natürlich auch verlangen, daß dieser allgemein gefaßte Umfang seines Rechts auch eben so allgemein ihm zur Ausübung verstattet werde.

In diesem Falle kommt es nur darauf an, zu bestimmen, bis zu welchem Grade dieser solchergestalt allgemeine und unbestimmte Umfang dieses seines Rechts gesetzlich auszudehnen sey. Daraus folgt aber nicht, daß die, für eine solchergestalt wirklich erwiesenermaßen allgemein und unbestimmt erworbene Grundgerechtigkeit gegebenen Gesetze auch auf alle Grundgerechtigkeiten dieser Art angewendet werden sollen oder dürfen. Vielmehr sind jene gesetzlichen Bestimmungen ihrer Natur nach nur die Begrenzung, welche diejenige Grundgerechtigkeit bedurfte, deren Umfang sonst nach der Art ihrer Erwerbung unbegrenzt seyn würde. Man kann sie daher mit Recht nur als Bestimmung für unbeschränkte Servituten annehmen. Denn nicht etwa wie für die Unbeschränktheit des Eigenthums, spricht auch hier für die Unbeschränktheit einer dasselbe beschränkenden Servitut die Vermuthung?! Es liegt vielmehr dem Verpflichteten der Beweis der Beschränkung ob, und muß der Berechtigte den Grund, Art und Umfang der Beschränkung fremden Eigenthums, und daß dieselbe im vollsten Umfange, ohne eine andere als die gesetzliche Grenze, erworben sey, nachweisen. Für die Fälle (was stets zuerst zu prüfen), wo durch Vertrag oder Verjährung der Umfang selbst näher bestimmt ist, bedurfte es daher keiner Gesetze über die Bestimmung dieses Umfangs; sondern dieser muß und kann sich nur eben nach den jedesmal verschiedenen und genau zu erweisenden Thatsachen, worauf sich die Erwerbung stützt, richten. Für die Beurtheilung dieser streng nachzuweisenden Thatsachen aber konnten nur allgemeine Grundsätze als Richtschnur gegeben werden (cf. m. Th. p. S. §. 91 — 100.).

§. 23.

ββ) Folgerung aus dem Obigen.

Hieraus folgt nothwendig, daß 1) der Natur der Sache nach bey denjenigen Grundgerechtigkeiten, welche durch Verjährung er-

worben wurden, oder was gleich ist, von denen keine andere Erwerbung erhellet, nur höchst selten der Fall eintreten kann, wo dieselben als in einem allgemeinen unbestimmten Umfange erworben angesehen, und daher die obgedachten besondern Gesetze darauf angewendet werden dürfen. Denn eben in dem strenge zu fordernden Nachweise über den factisch für die Verjährung qualificirten Besitz liegt schon von selbst die gegebene Grenze. Nur der vollständigste Nachweis über die durch Verjährung stattgefundene Erwerbung eines allgemeinen unbestimmten oder uneingeschränkten Rechts (d. h. also die Erwerbung einer solchen Befugniß, die als ein wirkliches Recht unter den Requisiten der Verjährung in Anspruch genommen und erworben ist) vermag die Anwendung der obigen speciellen Gesetze zu rechtfertigen. Denn jeder Zweifel muß zu Gunsten des Belasteten ausgelegt, mithin eine jede Erwerbung auf den unbestreitbaren verjährenden Besitz eingeschränkt werden *). 2) Bey rechtsgültigen Willenserklärungen wird dagegen dieser Fall schon viel öfter eintreten, und dürften auch für die Unbestimmtheit dieser Willenserklärungen vorzüglich jene Gesetze gegeben worden seyn. 3) Für die Fälle, wo dagegen die vollständige Erwerbung eines solchergestalt allgemeinen unbestimmten Rechts nicht erhellet, sind dagegen jene einzelnen Bestimmungen nicht ertheilt. Sie konnten auch nicht dafür ertheilt werden, eben weil die factischen Verhältnisse in ihrer unendlichen Mannichfaltigkeit durchaus gar keine dergleichen specielle Bestimmungen erlaubten und möglich machten, sondern sich nur nach ihrer jedesmaligen Sachlage und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen beurtheilen lassen. Da die letztern, wie wir §. 41—43. gesehen,

*) Ueber die Erfordernisse und Schwierigkeiten einer solchen Verjährung cf. m. S. über erwerbende Verjährung, wodurch überhaupt nur erst die Lehre der Servituten noch mehr aufgeklärt und gezeigt wird, wie selten da, wo die Praxis gewöhnlich eine Verjährung annimmt, selbige wirklich vorhanden ist.

lediglich mit dem gemeinen Rechte übereinstimmen, so müssen auch die daraus gezogenen Folgerungssätze (cf. m. Th. p. G. §. 91 — 126.) für diese Fälle zur Anwendung kommen. Dabey darf man sich nicht erlauben, aus scheinbar entgegenlaufenden, einzelnen Bestimmungen in den vorgedachten speciellen Gesetzen allgemeine anderweite Grundsätze zu abstrahiren. Denn das A. L. R. ist nicht überall festen Principien getreu geblieben, und hat namentlich hier bey Bestimmung, wie es gehalten werden solle, wenn ein allgemeiner unbestimmter Umfang einer Grundgerechtigkeit oder eines besondern Theils derselben existent sey, sich sehr häufig durch Ansichten einer gewissen Billigkeit, oder muthmaßlichen Absicht der Parteien bey einer solchen unbestimmten Erwerbung, so wie auch durch manche andere Rücksichten, welche eben die Auslegung und Anwendung so schwierig und für die, welche bloß dem Buchstaben folgen, so gefährlich machen, leiten lassen. Diese Bestimmungen würden nur höchstens zu einem Schlusse a majori ad minus berechtigen; sofern nämlich (was eben so gut der Fall seyn kann) durch die Verjährung oder Willenserklärung nicht ein größerer Umfang erhellet, mithin bey der Existenz eines geringern, als des gesetzlichen Umfangs ein Zweifel wohl angenommen werden kann, daß wenigstens nicht das maximum der einzelnen Bestimmungen über den gesetzlichen Umfang überschritten werden könne.

§. 45.

Fortsetzung.

Ueber die obgedachten speciellen, für jenen unbestimmten Umfang ertheilten Bestimmungen des A. L. R. das Nähere bey den betreffenden Materien. Hier nur die Bemerkung, daß auch selbst in ihnen die (in m. Th. p. G. §. 98 — 112. entwickelten) allgemeinen Grundsätze durchblicken. So bestätigen sich auch dieselben (cf. §. 94 — 97 ib.) noch mehr dadurch, daß das A. L. R. 22. §. 99 — 102.

selbst für die in §. 8 ib. aufgestellte allgemeine Hütungsgerechtigkeit noch besondere Nachweise von Rechtserwerbungen erfordert, sobald jemand außer dem Zug-, Rind- und Schaafvieh (welche gewöhnlich bloß unter einer dem berechtigten Gute allgemein verliehenen Hütungsgerechtigkeit begriffen zu seyn pflegen) noch andere Vieharten auftreiben will. *) Die Grundsätze über die Vermehrung des Viehstandes (cf. m. Th. p. G. §. 98.) liegen stillschweigend in L. R. I. 22. §. 8. 71. 102. Die Principien über die gesetzliche Grenze, auch selbst bey dem allgemeinsten Umfange; über des letztern Verschiedenheit, je nachdem er durch eine gesetzliche präsumtive Norm oder durch Willenserklärungen bestimmt wird; über den wesentlichen Unterschied zwischen Nothdurft (Bedürfniß) und der gewöhnlich mit Bedarf verwechselten Nutzbarkeit; über die Vermehrung des Bedürfnisses; über die Bestimmung desselben durch die Zeit, Grundstücke und Hülfsmittel, so wie auch über die Ermittelung desselben; desgleichen über den Umfang nach Zeit, Ort, Art u. s. w. (cf. m. Th. p. G. §. 99 — 110.), sprechen sich, sobald man mit strenger Consequenz die allgemeinen Grundsätze bis in das practische Detail verfolgt, in L. R. I. 22. §. 80. 90. 91. 94 — 97. 103. 105. 203. 205. 206. 209 — 212. 222 — 228. 238. aus, und ist die Bestimmung des §. 90 ib., wie wir weiter unten sehen werden, nur als Norm für die Ermittelung eines Bedürfnisses zu betrachten. Die Grundsätze über Erschwerung der Servituten durch deren Theilung oder Veränderung der Benutzungsart (cf. m. Th. p. G. §. 110. 111.) sind übrigens im L. R. I. 22. §. 127 — 132. 146 ff. u. 204., I. 19. §. 22. 23. bestätigt. Denn man unterschiede sehr wohl die darin zum Grunde liegenden Principien

*) Wenn §. 101 u. 102. auch unter Umständen einen Tausch der Viehart auf eine Zeitlang gestattet, so ist diese Bestimmung außer den Grenzen eines strengen Rechts also um so weniger aufzustellen.

von demjenigen, was, als stillschweigend unter einer besonders erworbenen Servitut begriffen, angenommen wird. Dieser stillschweigende Inbegriff mußte nämlich von den Gesetzen natürlich sehr beachtet werden, ohne daß diese Annahme einer stillschweigenden Willenserklärung überall gleiche Beweggründe findet (cf. z. B. L. R. I. 22. §. 65 ff. 76 ff. 221. u. a. m.).

§. 46.

β) von Seiten des Verpflichteten.

Daß natürlich Rechte und Verbindlichkeiten auch hier correspondiren müssen, und nur die beabsichtigte bessere Zergliederung der Verhältnisse diese gewählte Trennung zwischen den Rechten und Pflichten der Berechtigten und Verpflichteten entschuldigen kann, versteht sich von selbst. Den obigen allgemeinen Grundsätzen in §. 41. ganz entsprechend, hat daher auch das A. L. R. die (cf. m. Th. p. G. §. 113. 114.) aus der verschiedenen Natur einer Servitut, welche im bloßen Leiden besteht, und einer solchen, welche, daß der Verpflichtete etwas nicht thue, fordert, folgenden Grundsätze angenommen. Wenn auch die Verschiedenheit einer servitus affirmativa et negativa nicht speciell hervorgehoben ist, so liegt dieselbe doch schon in der Natur der Sache, und ist insonderheit schon durch L. R. I. 7. §. 81. 82. 86. 87. ausgesprochen. — Daraus folgt in Verbindung mit §. 41. von selbst, daß nur so weit, als in jedem einzelnen Falle durch ein Untersagungsrecht gegen die Ausübung der Eigenthumsrechte die letztern beschränkt worden sind, der Eigenthümer darin auch nur behindert seyn kann. Denn nur aus den verschiedenen Arten und Beziehungen, wie ein Grundbesitzer in Ausübung seiner Eigenthumsrechte zum Vortheil eines andern Grundstücks eingeschränkt worden ist, ergiebt sich erst der Umfang dieser Grundgerechtigkeit, nicht umgekehrt (L. R. I. 22. §. 25.). Aus dem bloßen Leiden, z. B. der Hütung eines Dritten, folgt weiter nichts, als daß er die-

selbe nicht unmöglich mache. Daher mußten auch die daraus folgenden (in m. Th. p. G. §. 114. ausführlicher entwickelten) Grundsätze vom A. L. R. adoptirt werden: daß nämlich 1) die Ausübung von Servituten die eigentliche Bestimmung der damit belasteten Grundstücke nicht hindern, vielmehr denselben nur so wenig Nachtheil als möglich zufügen dürfe (L. R. I. 22. §. 33. 59. 107. 136. 170. 171. 241. und Culturedicte vom 14. Sept. 1811. §. 27.); 2) daß der Eigenthümer des belasteten Grundstücks daher nur verpflichtet ist, die Möglichkeit der Ausübung nicht zu verhindern (I. 19. §. 18. 19. I. 22. §. 31. 32.)

§. 47.

Fortsetzung.

Daraus folgt von selbst (cf. m. Th. p. G. §. 115.), daß der Eigenthümer des belasteten Grundstücks nicht ohne ein besonderes gegen ihn erworbenes Untersagungsrecht von der eigenen Hütung ausgeschlossen ist (I. 22. §. 89.). Das Gesetz könnte nur höchstens aus einer Hütungs-Servitut, welche jemand allgemein für sein Vieh erwarb, je nachdem die Zahl desselben bestimmt ist oder nicht, eine Folgerung ziehen, daß, eben durch Einräumung einer solchen allgemeinen Servitut, der Eigenthümer sich stillschweigend seines höhern aus dem Eigenthume fließenden Rechts, so weit es dieser unbeschränkt zugestandenen Servitut durch eine vermehrte Ausübung hinderlich werden könne, begab (§. 105. 106. ff.). Dieß ist aber streng auszulegen, und nicht auf andere Fälle, z. B. wo jemand nur durch Verjährung das Recht der Mithut für eine gewisse Stückzahl Vieh erwarb, auszudehnen. Noch aber sind dadurch die aus dem Eigenthume fließenden Rechte einzuschränken, welche als res merae facultatis und wegen ihrer theilweisen Ausübung ohne ein besonderes gegen sie erworbenes Untersagungsrecht durchaus nicht hierdurch verloren gehen konnten (cf. m. S. über erwerb. Verj.

§. 27.). — Wenn ferner (cf. m. Th. p. S. §. 116. 117.) das A. L. R. zwar im allgemeinen das Recht des Eigenthümers zur Vermehrung der Cultur seines belasteten Eigenthums anerkennt, ihn indeß im Fall einer unbeschränkten Servitut, sobald dieselbe (in ihrer Nutzung?) anderergestalt geschmälert würde, an eine landübliche (oder nach Landesart gewöhnliche) Cultur bindet, zu der letztern indeß den Eigenthümer ausdrücklich berechtigt (l. 22. §. 80 — 82. 108. 115. 116. 119. 125. 196. 228.); so fragt es sich zuvörderst, ob und wodurch auch diese Landesart an eine bestimmte Norm gebunden sey? Denn da die Landesart sehr große Fortschritte machen kann, wodurch alsdann der einzelne belastete Eigenthümer berechtigt würde, sie mitzumachen; so würde im Ganzen genommen das Recht der Erhöhung der Cultur dadurch von selbst gegeben seyn. Dem ungeachtet ist wohl nicht zu bezweifeln, daß, so wie auf der einen Seite durch ein wirklich erworbenes Untersagungsrecht z. B. die Brache eines dienenden Grundstücks ohne Rücksicht auf Landesart gezwungen bleiben könne; eben so auch auf der andern Seite ohne ein solches Untersagungsrecht eine solche Beschränkung der Brache nicht rechtlich denkbar ist. Man wird daher stets gezwungen seyn, überall die factischen Verhältnisse zu prüfen. Was endlich die Ansicht anbetrifft, daß der Servitutberechtigte nur solche Anstalten treffen könne, wodurch die Ausübung seines Rechts möglich, nicht aber solche, wodurch der Nutzen desselben vergrößert werde (cf. m. Th. p. S. §. 118. 119.); so stehen derselben L. R. I. 16. §. 5. I. 22. §. 42. zur Seite, dagegen aber auch nicht L. R. I. 22. §. 32. 37. 38. (cf. 35. 40.) entgegen. Denn sie reden bloß von der in der verstatteten factio liegenden refectio. Eben so wenig §. 103 — 106 ib; denn sie reden theils nur von einem unbeschränkten Umfange, theils aber auch nur von einem theilweisen Untergange oder von einer durch den Eigenthümer selbst veranlaßten Handlung,

auf welche letztere sich insonderheit auch nur §. 173. 230 — 234 ib. beziehen, indem natürlich bey Waldungen die Benutzung des Eigenthümers selbst den Gegenstand der Servitut vernichtet oder mehr oder weniger dabey als Veranlassung angenommen werden muß; also auch zum Wiederersatz desselben verpflichtet ist. Mehrere specielle Bestimmungen, welche als Abweichungen von den allgemeinen Grundsätzen anzusehen seyn dürften, sollen übrigens an den betreffenden Stellen noch späterhin besonders erörtert werden. Hier nur die wiederholte Bemerkung, daß man durch einzelne, scheinbar oder ausdrücklich abweichende specielle Bestimmungen für einzelne Fälle sich unmöglich für berechtigt halten kann, daraus allgemeine Grundsätze (den wirklich gesetzlich ausgesprochenen allgemeinen Grundsätzen und der Natur der Sache entgegen) zu abstrahiren. Denn alsdann würde des Schwankens und des Widerspruchs noch weniger ein Ende, als wenn man sie nur streng auslegt und so viel als möglich den allgemeinen Rechtsprincipien anpaßt. Daß aber diese letztern die gesetzlichen Bestimmungen vorzüglich leiten sollten, muß man auch unter jeden Umständen annehmen (L. R. Einleit. §. 40.).

§. 48.

e) Ablösung der Servituten.

Wie weit die allgemeinen Rechts-Grundsätze (cf. m. Th. p. G. §. 120 — 126.) noch fortdauernd von Wirksamkeit bleiben, in der Folge. Hier nur die Bemerkung, daß auch nach den bisherigen preußischen Gesetzen jeder Berechtigte mit einem verhältnißmäßigen Antheil durch eine billige Entschädigung abgefunden werden konnte, ohne daß er dabey auf den Grund und Boden, so wie auf den Werth der anderweit möglichen Nutzungen irgend einen Anspruch erlangte, wenn er sich beides nicht auf seine Ent-

schädigung anrechnen ließ *) (L. R. I. 22. §. 29. 46 — 48. 174. 176. 138. 141 — 146. 235. 236. 173. Anh. 2. §. 124. Culturedict vom 11. Sept. 1811. §. 22. 23. u. s. w.). Eben so hatte auch nur bisher der Eigenthümer (bey wechselseitigen Servituten also jeder Eigenthümer) das Recht die Sonderung zu verlangen (l. 22. §. 139. 140.), welches um so gerechter war, als die Entstehungsweise einer Servitut ohnehin zu keiner Erschwerung derselben durch die Wahl des Berechtigten führt. — Was endlich die (in m. Th. p. G. §. 126 — 130. aufgestellten) allgemeinen Grundsätze über die in Zweifel für das Eigenthum, Miteigenthum, aus der Gemeinschaft zurückgebliebenen Nutzungen oder Dienstbarkeiten u. s. w. stattfindenden Vermuthungen anbetrifft; so müssen dieselben unfehlbar neben den preußischen Gesetzen volle Anwendung finden. Auch spricht L. R. I. 22. §. 198. sich bey der Benutzung des Holzes mit gleicher Freyheit oder Einschränkung für das alsdann zu vermuthende Miteigenthum aus. Wo freylich die Sache sich hinsichtlich der Waldung schon so gestaltet hat, daß jemand sich im ausschließlichen Eigenthume der Bäume eines Waldes oder in der uneingeschränkten Benutzung des Holzes befindet, auch daß solches alles der Fall sey, wirklich erhellet; so muß freylich derselbe als Eigenthümer des Waldes präsumirt werden (§. 197. 199 ib.), obschon an und für sich, und wo solche Vermuthung durch entgegenstehende Umstände zweifelhaft gemacht oder widerlegt wird, das bloße Eigenthum an den Bäumen noch immer keine Rechte auf Grund und Boden ertheilt (§. 200 ibid.).

---

*) Die Lüneburger G. Th. O. bestimmt gleichfalls nur für den Servitutberechtigten ein Aequivalent für sein bisheriges Recht und für den Eigenthümer den dadurch erwachsenden Ueberschuß, §. 49. 52. l. c. —

§. 49.

§. 20. Der Antrag auf Gemeinheitsaufhebung kann nicht nur in Rücksicht aller, einer gemeinschaftlichen Benutzung unterworfenen Gegenstände, sondern auch in Rücksicht einzelner, gemeinschaftlich benutzter Grundstücke, gemacht werden. Es kann also die vermengte Lage der Acker- und Wiesenbenutzungen und die gemeinschaftliche Hütung darauf aufgehoben, und die Hütungsgemeinheit auf den übrigen Weideplätzen, oder auf einem Theil derselben, beybehalten werden.

§. 21. Auch können mehrere Antragende, die unter sich in Gemeinheit bleiben wollen, die Auseinandersetzung mit den übrigen Theilnehmern verlangen. *)

§. 50.

Beweis durch obigen §. daß die Hütung nicht Pertinenz des Ackers seyn könne

Wie diejenigen, welche die Weide als ein Pertinenz des Ackers und die Theilnahme daran nach den bloßen Durchwinterungskräften beurtheilt wissen wollen (cf. 34 — 37.), mit vorstehendem §., sobald sie ihn bis in die Resultate der practischen Anwendung verfolgen, fertig zu werden gedenken, möchte wohl,

*) Sehr zweckmäßig dürfte es übrigens besonders bey den Angerseparationen seyn, wenn auch selbst von denen, welche noch in Gemeinschaft bleiben wollen, jedem sein Theil bestimmt angewiesen und auf der Karte zugemessen würde. Denn dieß würde nur die einzige Art seyn, wie die stets sich wiederholende Anwendbarkeit der Separationen in Bauerngemeinden auf eine weniger lästige Weise vermieden werden könnte. Hat jeder seinen Theil zugewiesen erhalten, so kann er nach Belieben mit mehrern in Gemeinschaft bleiben und resp. späterhin nach seinem Gutdünken seinen Antheil privativ benutzen, wobey es dann ohne Entstehung neuer Separationskosten nur einer Uebereinkunft mit Beschränkung auf §. 27. 28. der G. Th. O. zur Feststellung der Zeit dieser Vereinbarung bedürfte. Auf diese Ansicht ist auch der Gesetzgeber wenn gleich auf eine beschränktere Weise durch die im §. 169. enthaltenen Bestimmungen, wie dort zu zeigen, gewissermaßen eingegangen. Denn wenn die dort verordnete Feststellung erfolgt, so kommt es späterhin nur vorzüglich auf die Planlage an.

ohne sie in offenbaren Widerspruch mit sich selbst zu bringen, ein Räthsel seyn. Denn wäre es wirklich Absicht des Gesetzes, daß eine solche Idee als Recht bestehen sollte; so könnte man doch nicht ohne Inconsequenz umhin, auch demjenigen, welcher auf einem Theil der Gemeinheit durch Abfindung ausgeschieden wäre, auch den hierdurch gewonnenen Theil der Kräfte in Anrechnung zu bringen. Es scheidet z. B. das Gut A aus einem Theil der Gemeindeweide des Dorfes B aus, und erhält von diesem Theil der Gemeindeweide 100 Morgen als seinen Antheil, den er in Wiesen und resp. Acker verwandelt, während die Gemeinde des Dorfes B ihren Antheil als Weide fortbenutzt. Klar ist, daß das Gut A nun noch mehr Vieh halten und durchwintern kann, indeß noch weniger Weide für dasselbe hat. Soll nun der sich verhältnißmäßig dadurch vermehrte Viehstand dieses Gutes sich auf die verbliebene Gemeinheit der Weide auf den Aeckern u. s. w. werfen dürfen? Nach dem Grundsatze, daß die Weide Pertinenz des Ackers und die Durchwinterungskräfte sein Recht wären, könnte es solches unbedenklich! — Dieses ist aber doch wohl unmöglich die Absicht des Gesetzes! Vielmehr sollte durch vorstehende §§. nur unnützen Schwierigkeiten der Separationen vorgebeugt, und nicht wegen eines einzigen Stücks, wo die Aufhebung der Gemeinheit von wahrhaft nützlichen Folgen seyn würde, durch die Nothwehr ein Heer von sonst weniger nützlichen Separationen anderer damit in Verbindung stehender Grundstücke erweckt werden (z. B. der sämmtlichen Aecker, auf welche weder ein Culturzwang noch sonstiger erheblicher Nachtheil Statt findet, die aber gerade durch ihre alsdann nöthige Zusammenlegung der Aecker — welche für Bauern in der Regel von geringerm bleibenden Nutzen, besonders ohne Abbau — eine unendliche Menge Kosten, deren Nutzen in sehr vielen Fällen gar nicht abzusehen, verursachen würde). — Sieht man sich aber hierdurch von selbst genöthigt, zur Prü-

fung der eigentlichen Rechtsverhältnisse hier seine Zuflucht zu nehmen, so ist ja eben nur diese Prüfung es einzig und allein, welche von mir verlangt wird. Dabey ist es aber nicht erlaubt, nach Belieben sich einige Rechtspuncte und gesetzliche Bestimmungen für seinen Zweck herauszusuchen, und die übrigen auf die Seite zu schieben, sondern wo einmal eine Rechtserörterung begonnen, muß sie alle Rechtsverhältnisse und Gesetze für den betreffenden Fall erschöpfen, sonst bliebe sie kein Rechtsspruch, sondern herausgeputzte Willführ. Denn auch nicht ein einziger Punct im Rechtsverhältnisse steht isolirt, sondern in unaufhörlicher Verbindung mit sämmtlichen Gesetzen. Gilt aber ein solcher Rechtszustand; so hat niemand, wie nach jenem Pertinenz-Grundsatze, für sein Recht hinsichtlich der verbleibenden Gemeinheit etwas anders, als höchstens Verdunkelung desselben (die leichter zu verhindern stehet) zu befürchten. Denn sey es, daß ein idealer Antheil für die verbleibende Gemeinheit fortdauere (cf. m. Th. p. G. §. 58. 76.), sey es, daß die Begrenzung durch Willenserklärung oder Verjährung feststand (§. 87. 91 ff.), oder daß selbst eine unbeschränkte Servitut vorhanden ist, so findet doch nach wie vor das Verhältniß auch selbst im letztern Fall eine sich gleich bleibende Rechtsstütze (§. 99 — 126 ib. und weiter unten §. 63 — 76.).

§. 51.

§. 22. In allen Fällen finden Gemeinheitstheilungen nur in so fern Statt, als dadurch die Landcultur im Ganzen befördert und verbessert wird.

§. 23. Es ist ohne Beweisführung anzunehmen, daß jede Gemeinheitsauseinandersetzung zum Besten der Landcultur gereiche und ausführbar sey. Nur dann, wenn behauptet wird, daß einer bisher gemeinschaftlichen Gefahr der Versandung oder der Beschädigung der Substanz durch Naturkräfte nach der Theilung ein-

zelne Theilnehmer allein ausgesezt werden, ist der Beweis des Gegentheils zulässig, welchen der Behauptende führen muß.

§. 24. Es bedarf auch in dem Falle, wenn ein Mitglied einer Stadt- oder Dorfgemeine auf Auseinandersetzung mit den übrigen anträgt, des Beweises nicht, daß die Theilung zum Vortheil sämmtlicher Theilnehmer geschehen könne: es genügt vielmehr, daß die übrigen, wie ohne besondern Nachweis anzunehmen ist, vollständig entschädigt werden können.

§. 25. Unter dieser Voraussetzung ist die Gemeinheitstheilung auch dann zulässig, wenn die Provocaten die Gemeinheit unter sich aufzuheben nicht im Stande sind.

§. 52.

In wie weit gelten diese Vorschriften als eine praesumtio juris facti oder praes. juris et de jure?

Daß es nicht mehr einer vorläufigen Begutachtung zur Begründung eines Separationsantrages bedarf, ist sehr weise. Denn diese Gutachten hätte man eben so gut schon vorher in Druck vorräthig haben können, indem sie in der Regel nur Gemeinplätze über die im allgemeinen ganz unbestreitbare Nützlichkeit der Separationen waren, auch eigentlich nichts weiter ohne vorgängige genauere Kenntnißnahme und nähere Prüfung der Gegengründe seyn konnten. Nur fragt es sich, ob das hinsichtlich der Begründung des Antrags ganz unbedenklich jetzt nach §. 51. wegfallende Gutachten auch überhaupt selbst zur Begründung der Einwendungen, und nach vorgängiger gegenseitiger Abwägung derselben, ausgeschlossen seyn solle und könne? — Im allgemeinen steht das judicium de com. divid. Jedem, der sich mit dem andern in einer Gemeinschaft befindet, unbedingt gesetzlich frey. Selbst wenn daher auch derselbe dem Andern dadurch Schaden zufügte, so würde doch dieses zufolge

L. R. Einleit. §. 94. I. 6. §. 36 — 38. nach allgemeinen Grundsätzen nur dann einen Einwand gegen die Theilung begründen, wenn entweder ausdrückliche Gesetze, Verträge oder rechtsgültige Verordnungen eines Dritten, sobald deren Aufhebung nicht selbst gesetzlich verstattet ist, entgegenstehen (L. R. I. 17. §. 75 ff.). Selbst wenn die Theilung in natura den Rechtsansprüchen gemäß zu bewerkstelligen gar nicht möglich wäre; so würde doch ein öffentlicher Verkauf die Theilung möglich machen müssen (L. R. I. 17. §. 87. 90. 94.). Nur dann, wenn jemand in fraudem legis, oder in der Absicht den andern zu beschädigen, sich dieses seines Rechts auf Theilung anzutragen bediente, könnte man gesetzlich annehmen, daß ein Einwand gegen die Theilung begründet wäre. Die letztgedachte Absicht ist aber nicht zu vermuthen, und dürfte um so schwieriger zu beweisen seyn, als bey den auf jeder Seite verhältnißmäßig anzunehmenden gleichen Gewinn und Verlust die Gefahr der Beschädigung für den Provocanten nicht minder groß seyn würde. — An mehr Schwierigkeit ist dagegen der Antrag auf Absonderung der Servituten nach allgemeinen Principien gebunden (§. 48.). Vollständige Entscheidung ist bey ihr erste wesentlichste Bedingung, und wenn daher auch, daß solche in dem bey weitem mehresten Fällen zu bewerkstelligen sey, angenommen (präsumirt) werden kann; so muß doch der Beweis, daß solches nicht der Fall sey, oder daß die dadurch entstehenden Nachtheile die Vortheile überwiegen, wenn auch nicht den Antrag, doch die Realisirung des Verfahrens verhindern. Ein Fall, der zwar nicht gewöhnlich ist, der aber doch eintreten kann. *)

---

*) So z. B. vor Erscheinung dieser G. Th. O. schwebte ein Antrag auf Separation einer Gemeinde gegen die andere. Gemeinschaftliche Angerweidereviere hatten sie nicht, sondern es befanden sich nur die Aecker in einer dergestalt vermengten Lage, daß sie größtentheils der Länge nach von einer Gemeinde nach

§. 53.

Fortsetzung. Dieß vorausgeschickt, so fragt es sich, ob und in wie weit §. 51. bloß eine persönliche Präsumtion (praes. facti), welche jedoch den Beweis

---

der andern liefen. Nach der Seite der provocirenden Gemeinde war der Boden sehr gut, und wurde mit unendlich vielen Abweichungen immer schlechter, jemehr er sich der provocatischen Gemeinde näherte. Die versteckte Tendenz der Provocanten war, auf dem Wege der Separation zu versuchen, ob ihnen nicht wenigstens theilweise der, ihnen ohnedieß näher gelegene bessere Acker der provocatischen Gemeindeinteressenten zufalle. Einige, die sich hierzu besondere Hoffnung machten, waren zwar die Vermögendsten in der provocantischen Gemeinde, aber sie fürchteten wenigstens zu den Kosten der Provocation beytragen zu müssen, weil der größte Theil ihres Ackerbesitzes auf der andern Seite des Dorfes lag, mithin nach ihrer Meinung nicht mit zur Separation kam, sie daher hiernach nicht, wie die andere, welche sie zum Beytritt der Provocation vermochten, glaubten, das meiste dazu beyzutragen nöthig gehabt haben würden. Der ganze Gegenstand der Gemeinschaft, welche den Vorwand herlieh, war die Behütung auf den Aeckern, welche an verschiedenen Puncten gemeinschaftlich ausgeübt wurde, ohne daß jedoch irgend eine Beschränkung hinsichtlich der Cultur der Aecker Statt fand, mithin dieselbe als bloße Stoppelhütung, welche Jeder, ohne irgend einen Zwang durch das bloße Stürzen seines Ackers nach Belieben verdrängen konnte, gar nicht lästig war. Die Zusammenlegung der Aecker bey diesen Gemeinden konnte überdieß nur momentan seyn, da vorauszusehen war, daß Erbgang, Kauf, Tausch, Dismembration u. s. w. bald eine gleiche bunte Lage unter so vielen Interessenten (die nicht einmal die Vortheile eines größern geschlossenen Guts hätten genießen können, weil nicht jeder von ihnen einen besondern Hirten zu halten vermochte u. s. w.) herbeyführen werde, während die Zwangslosigkeit der Koppelbehütung, welche ohnedieß eigentlich nur auf nachbarlicher Freundschaft beruhete und nur späterhin durch Mißverständniß eine wirkliche Gerechtigkeit genannt wurde, schon fast alle Vortheile gewährte, welche eine Separation gewöhnlich nur zu verschaffen vermag. Die einzigen Vortheile, welche die Provocanten aufzuzählen vermochten, reducirten sich darauf, daß sie sich besser gegen Felddiebstahl, Abhütung schützen und besser sich unter einander zum Futterkräuterbau verbinden (denn die Bestellung derselben selbst stand hinsichtlich der Zeit und des Orts und Umfangs völlig frey), auch Hamsterfang besser betreiben könnten, bey der Zusammenlegung der Aecker aber mehrere Furchen ersparen würden. Alle diese Vortheile erschienen den Provocaten theils nur imaginair, theils auch durch eine Uebereinkunft und polizeyliche Anordnung eben so leicht zu bewerkstelligen. Die Ersparniß der

des Gegentheils nicht ausschließt, oder aber eine solche, welche dieß thut (praesumtio juris et de jure, cf. Bielitz pract. Commentar I. S. 463), habe aufstellen wollen, und ob sich diese Vermuthungen nicht bloß auf die Begründung des Antrags, sondern auch auf Prüfung desselben in Verbindung mit den Einwenduugen dagegen be-

---

Furchen war zwar allerdings in mancher Rücksicht wichtig, indeß gerade in diesem Falle höchst unbedeutend; die Vereinigung mehrerer Ackerinteressenten zum Futterkräuterbau erschien aber nur als ein vorgeschobener Wunsch, der, wenn er wirklich ernstlich gemeint, auch in der bisherigen Lage zwischen den Nachbarn bewerkstelligt werden könnte. Sie machten dagegen ihrer Seits auf das Schwierige der Ausgleichung ohne Gefährdung Einzelner aufmerksam, da es einzelne Morgen in diesen zur Separation kommenden Revieren gebe, die mehr werth wären, als eine ganze Hufe an manchen Puncten (die eine ganz verschiedene Bewirthschaftung erheische, und ihnen nicht annehmlich sey), auch die Verschiedenheit oft mit jedem Fuße Landes wechsele, und eine unendliche höchst schwierige Menge von Classen angenommen werden müßte. (Die jährliche Pacht für den Pfarracker stieg z. B. in einer nur mit 2 und 4 Groschen fortschreitenden ununterbrochenen Scala von 2 Gr. bis 11 Rthlr. pro Morgen.) Sie zeigten, daß die Vortheile nur wie obgedacht momentan, und binnen kurzem dieselbe vermengte Lage vorhanden seyn werde, dieß alles aber, so wie der ganze Werth der Stoppelhütung, mit den Schwierigkeiten und Kosten gar nicht in Verhältniß stehe, so daß sie sogar, obschon sie ein weit umfassenderes Recht besäßen, ihrer Seits auf die ganze Stoppelhütung verzichten wollten, wenn von Seiten der Provocanten ein gleiches geschehe, und man ihnen den ruhigen Besitz ihrer Aecker, wovon gerade der beste Theil nahe an die provocantische Gemeinde grenze, lassen wolle. — Durch alle diese und mehrere Gründe bewogen, nahm der sehr wackere Oekonomie-Commissarius sein früher unbedingt für die Nützlichkeit abgegebenes Gutachten in so weit zurück, als er der Meinung beytrat, daß in diesem Falle die Hauptvortheile einer Separation bereits durch die gänzliche Zwanglosigkeit von selbst gegeben wären, und es daher dieserhalb keiner Separation bedürfe, die precaire Dauer der Nebenvortheile aber kaum mit den Kosten und den bey dieser Separation vorhandenen Schwierigkeiten in Verhältniß stände. cf. §. 141. (§. 3 und 82. der G. Th. O.) Wenn man doch überhaupt mehr auf Compensation der Hütungen besonders bey Bauerländereyen ohne deren Zusammenlegung sein Augenmerk richten wollte, der beste Weg, um, besonders in Gegenden, wo jede Handbreit Acker zu viel Werth hat, den Separationen den erwünschten Eingang zu verschaffen! —

ziehen? — In der klaren Vorschrift der G. Th. O. §. 22., daß überhaupt Theilungen (d. h. in der allgemeinen Bedeutung, in welcher auch die Benennung der G. Th. O. genommen ist) nur in sofern Statt finden sollen, als dadurch die Landcultur im Ganzen befördert und verbessert wird (wodurch alsdann der eigentliche Zweck der Auseinandersetzungen, nämlich Wiederherstellung der Rechte [ohne deren Verlust] in einer kräftigern, lebendigern Gestalt, vermöge einer gehörigen Rechtssonderung und einer derselben entsprechenden Entschädigung, von selbst als möglich und erreichbar erscheint), liegen von selbst folgende Bestimmungen: 1) Nur unter dieser Bedingung soll eine Separation Statt finden, also nicht sobald jener Nutzen entweder nicht mit Sicherheit zu erlangen steht, oder aber so unbedeutend ist, daß er mit den dadurch etwa auf der andern Seite erweckten Nachtheilen in gar keinem überwiegenden Verhältnisse stehet. Da nach §. 54. die bisherigen Hindernisse der Gesetze, Verträge und Judicate hinwegfallen; so wird man finden, daß auch wirklich durch diese Bedingung die bisherigen Ausnahmefälle des §. 52. erschöpft sind, ja daß es sogar des oben erörterten Beweises der Absicht bey der Verletzung nach dieser Bestimmung gar nicht einmal mehr bedarf. 2) Diese nur sehr selten eintretende Ausnahme darf aber nicht als Vorwand dienen, um die Vortheile der zu beschleunigenden Separationen aufzuhalten. Da als Regel die Nützlichkeit und Möglichkeit anzunehmen ist, so bedarf es auch zur Begründung eines Antrages auf diese Auseinandersetzung keines (vom A. L. R. I. 17. §. 315. sonst geforderten) Beweises dieser Regel. Eben so wenig ist auf der andern Seite im Allgemeinen eine, das Verfahren selbst hindernde Beweisaufnahme des Gegentheils zulässig, mit Ausnahme solcher Fälle, welche wirklich eine Präjudicialentscheidung ohne vollständige Erörterung möglich machen, und welche in §. 23. der Gem. Th. O. genannt sind. In dieser Hinsicht sind daher die

übrigen Einwendungen in der Regel, sofern sie das Verfahren selbst aufhalten sollen, unzulässig, und die Vermuthung für die Zulässigkeit und den Fortgang des Verfahrens eine praesumtio juris et de jure. Erhellet dagegen wirklich im Laufe dieses unaufhaltbaren Verfahrens, daß der sub. 1. gedachte sehr seltene Ausnahmefall eintrete, mithin auch eine wirkliche Rechtsverletzung oder die Unmöglichkeit einer Wiederherstellung der Rechte zum wahren Vortheil der Interessenten und durch dieselben zugleich des Staats in einer veränderten Gestalt erkennbar ist; so muß es natürlich auch dem erkennenden Richter freystehen, die Unzulässigkeit der Separation, sobald die Leitung des Verfahrens sich von jener Erkennbarkeit überzeugt, auszusprechen. Denn sonst würde ja dem Zwecke der Auseinandersetzung selbst entgegengehandelt *). 3) Ein ganz anderes Verhältniß ist es aber, wie wir oben gesehen haben, bey der Gemeinschaft, in welcher sich Gemeinden unter sich befinden (§. 27. 28. 32.). Wenn auch bey ihnen gleichfalls zur Beförderung der Auseinandersetzung jedem einzelnen Mitgliede der Antrag darauf freystehen soll und seinem Antrage die Vermuthung für die Nützlichkeit und Möglichkeit der Separationen gleichfalls zur Seite stehet; so verdient doch das, auch selbst noch nach der Separation in diesem Falle verbleibende Gemeinheits-Verhältniß nebst dessen ursprünglicher Natur, so viel Berücksichtigung, daß in solchen Fällen, wo wirklich dem Societätsnexus, der ohnehin nur das Recht des einzelnen Mitgliedes bedingt (L. R. Einl. §. 99.), besondere Umstände der Nützlichkeit entgegenstehen, solche auch einwandsweise praeju-

---

*) Zwar ist den Interessenten gegen die Planlage ein freyer Spielraum für begründete Einwendungen gegeben (wie weiter unten zu zeigen). Indeß dürfte doch auch vorhero sich zuweilen sehr wohl obgedachte Erkennbarkeit feststellen lassen. Ueberdieß ist, wie man wohl vorauszusetzen pflegt, die Vermessung und Bonitirung nicht durchgängig als ein Vortheil zu betrachten, zu dessen Perception man Jeden zwingen könne.

dicialiter, ohne daß solches jedoch in einen für sich bestehenden Prozeß ausarte, erörtert werden müssen. Dieserhalb ist auch in §. 24. d. G. Th. O. keinesweges der Gegenbeweis ausgeschlossen, mithin die hier gleichfalls eintretende Vermuthung keine praesumtio juris et de jure. Eine solche müßte auch überdieß speciell vorgeschrieben seyn, und kann nicht analogisch (hier noch dazu auf ein ganz für sich bestehendes Verhältniß) extendirt werden. Denn §. 24. d. G. Th. O. spricht nirgends davon, daß der Gegenbeweis ausgeschlossen seyn soll, sondern bloß, daß es keines (sonst nach L. R. I. 17. §. 316. G. O. I. 43. §. 4—6. erforderlich gewesenen) Beweises zur **Begründung des Antrages bedürfe**, mithin nur das, was eigentlich zur Substantiirung desselben gehöre, **ohne besondern Beweis anzunehmen** sey *).

*) Daß leider nur zu häufig das Recht, auf Separation anzutragen, bloß einen Vorwand für Nebenzwecke leihet, die ganz verschieden von der Absicht des Gesetzes sind, wird noch mehr klar, wenn man in Gemeinden selbst, wo in der That für die Separation mitunter durchaus gar keine reellen Vortheile aufzufinden sind, und wo entweder nur höchst wenig oder gar keine Angerweide existirt, von einzelnen Personen auf Separation anzutragen siehet, die gar keine Idee von dem zu erlangenden Resultate haben, sondern bloß mit den Worten „Ich will doch sehen, was jeder hat" sich in ihrer Phantasie das Bild eines großen Antheils vorspiegeln, und wenn derselbe hinterher gewaltig zu Wasser gehet, jedenfalls einen höchst kostspieligen Versuch gemacht haben, wobey sich denn gerade diejenigen, welche wenig Acker besitzen, damit trösten, daß ihnen der Versuch nicht viel koste. Eine Menge von Prozessen ist dann eine traurige, aber nothwendige, wenn gleich nicht gewünschte Zugabe, und das Ende wird oft, daß diejenigen, welche am halsstarrigsten die Separation betrieben und die Interessenten der ganzen Gemeinde in Alarm und eine Gemeinde um Kosten brachten, so viel privativ zugewiesen erhalten, daß die damit so gut als gar nichts anfangen können. Schon dieses Gesichtspunctes wegen ist es nöthig, daß man sehr wohl die Mitglieder in den Gemeinden von denjenigen **Nichtmitgliedern** trennt, welche bloße Servitutberechtigte sind, und daher nach §. 19. 86. 94. der G. Th. O. durch jede Art der Entschädigung, also besonders nach §. 94. auch ohne große Kosten abgefunden werden können, damit nicht jeder dabey nichts verlierende Glücksritter wegen jedes noch so unbedeutenden An-

§. 54.

§. 26. Die Befugniß, auf Gemeinheitstheilung anzutragen, kann weder durch Willenserklärungen, noch durch Verträge, noch durch Verjährung erlöschen.

§. 27. Verträge und Willenserklärungen, wodurch Gemeinheitstheilungen ausgeschlossen werden, sind in Rücksicht der Aecker und der damit in Verbindung stehenden Nutzungen nur auf so lange Zeit verbindlich, als nach der bestehenden Fruchtfolge und Schlageintheilung der gemeinschaftlich benutzten Grundstücke zur zweymaligen Abnutzung aller Schläge erforderlich ist; in Rücksicht anderer Gegenstände dauert ihre Verbindlichkeit nur Zehen Jahre. Mit Ablauf dieser Zeitpuncte stehet es jedem frey, seine Befugniß auf Gemeinheitstheilung geltend zu machen.

§. 28. Machen besondere örtliche Verhältnisse längere Fristen nöthig, so können solche nur unter Genehmigung der Landespolizeybehörde mit rechtlicher Wirkung, jedoch auch in diesem Falle nur für eine bestimmte Reihe von Jahren festgesetzt werden.

§. 29. Auch frühere Judicate können den Antrag auf Gemeinheitstheilung nicht hindern.

---

gerflecks eine Menge Kosten muthwillig veranlasse. Ueberhaupt würde es wohl in sehr vielen Fällen sehr zweckmäßig seyn, statt einer Separation ein vielleicht auf Abschlag eintretendes Compensationsrecht nach §. 82. oder eine Ablösungssumme, welche in die Gemeindecasse fließt, für den Fall zur Anwendung zu bringen, wenn vielleicht (wie nur zu häufig geschieht) der allerdings sehr zu begünstigende Wunsch, sein Land einzuhegen, eine Mühle darauf zu bauen u. s. w. die einzige Veranlassung zu der Separation werden würde. Denn dadurch wird die Freyheit und Cultur gleichfalls befördert, aber auf eine leichtere und weniger kostbare und gefahrvolle Weise, welche letztere nur da, wo Reviere von verhältnißmäßiger Bedeutung existiren, oder eine Beschränkung nicht füglich anders zu heben ist, ein glückliches Gegengewicht finden! —

§. 55.

Anwendung des Provocations-Rechts auf einzelne Fälle.

Das Streben nach Beförderung der Separationen erzeugte obige, den bisherigen Gesetzen derogirende Bestimmungen. Denn wenn auch das Recht auf Theilung anzutragen schon früher nicht durch Verjährung verloren gehen konnte (L. R. I. 17. §. 76.); so konnten doch ausdrückliche Gesetze, Verträge oder rechtsgültige Verordnungen eines Dritten dieselbe verbieten (§. 75 ib.). Ob und in wie weit nun hier Rechte, welche bloß unter der Bedingung, daß nicht getheilt werde, mit dem Suspensiv-Effect durch Beyfügung eines bestimmten Zwecks u. s. w. in jenen Verordnungen erworben wurden, nach L. R. I. 5. §. 226 ff. I. 4. §. 99 ff. 173. I. 12. §. 62 ff. u. s. w., vielleicht nebst der Lehre von unmöglichen, unnützen oder unerlaubten Bedingungen (cf. Bielitz Commentar I. S. 483—515.) noch eine besondere Beachtung verdienen, läßt sich nur in jedem einzelnen Falle beurtheilen. So viel aber darf man wohl annehmen, daß nur so weit, als dadurch nicht ein, nach den bisherigen Gesetzen nicht stattfindender wirklicher Verlust von Rechten eintreten würde, jene Bestimmungen in §. 54. zur Anwendung gebracht werden können. Sie haben nämlich offenbar nur die Absicht, schädliche Fesseln der Interessenten zu lösen, nicht aber ihnen dadurch den Verlust des zu theilenden, ihnen nach den frühern Gesetzen zugesicherten Objects zuzuführen. Uebrigens dürften dergleichen Fälle wohl nur überhaupt höchst selten vorkommen. Häufiger dagegen finden sich Judicate, welche früher die Auseinandersetzung für unzulässig erklärten. Dieselben konnten übrigens auch nur als zur Zeit oder für jetzt abweisend betrachtet werden. Denn nicht allein Rechte, sondern auch Gründe der Nützlichkeit und Möglichkeit konnten sich ändern, und dann auch selbst nach den frühern Gesetzen einen neuen Antrag begründen. Von diesem Gesichtspuncte aus betrachtet, und weil sich überall durch die neuern Gesetzge-

bungen vielmehr Freyheit in der Landescultur gebildet hat, dürfte auch wohl diese Bestimmung nicht als wohlerworbene Rechte verletzend angesehen werden können.

§. 56.

Fortsetzung.

Der §. 27. der G. Th. O. ist übrigens wohl wörtlich zu nehmen. Daher würde bey den Aeckern wirklich nur der Zeitraum der zweimaligen Abnutzung aller Schläge stipulirt werden können, zu so verschiedenen Zeiträumen auch diese Eintheilung oft führen mag. Dieß drückt dieser in Hinsicht der übrigen Gegenstände ausgesprochene Gegensatz aus. Dabey bleibt es aber allerdings zweifelhaft, wie es bei der sog. bunten Felder- oder freyen Wirthschaft gehalten werden soll? Daß hierüber gar nichts gesagt ist, gilt als ein Beweis mehr, daß das Gesetz hier eine Separation der, die Cultur in keiner Hinsicht einschränkenden Hütung auf den Aeckern, nicht für nöthig und zweckmäßig hielt (§. 53.). Ist übrigens eine Kündigung nöthig? Nach den Endworten dieses §. scheint es nicht so. Vielmehr stehet bey andern Gegenständen nach Ablauf von 10 Jahren im Fall bestehender Verträge, sonst aber zu jeder Zeit, der Antrag auf Theilung frey. Nur wenn jemand eine neue Fruchtfolge und resp. Benutzung einer neuern Schlageintheilung schon hat beginnen lassen, bevor er provocirte, wird er (nach Analogie des L. R. I. 21. §. 328 — 331.) diese abwarten müssen, bevor er auf Theilung antragen kann. Ob übrigens diese allerdings zweckmäßige Bestimmung auch selbst im Fall nicht vorhandener Verträge Anwendung finde, gehet eben so wenig hervor? Nach der ratio legis zu urtheilen, sollte man wohl glauben, diese Fragen bejahen zu müssen. Jedenfalls würde nach §. 28. die Landespolizeybehörde dieserhalb in speciellen Fällen eine nähere Bestimmung darüber erlassen können, da das majus doch offenbar das minus enthalten muß (L. R. Einl. §. 91.). Eben so muß man auch wohl unbedenklich annehmen, daß

in dem Falle, wo durch bisherige Willenserklärungen u. s. w. die Separation überhaupt verboten war, mindestens noch obgedachte Zeiträume abgewartet werden müssen, bevor jemand auf Grund dieser G. Th. O. provociren kann, welches sowohl aus der Natur der Sache als auch aus der allgemeinen Wortfassung des §. 54. erhellet.

§. 57.

§. 30. Bei einer jeden Auseinandersetzung müssen die Betheiligten nach ihren Theilnehmungsrechten abgefunden werden.

§. 58.

Bestätigung der in §. 2—5. entwickelten Ansicht.

Dieser vorstehende §. ist gerade durch seine Kürze so äußerst bedeutsam. Derselbe scheidet durchaus die zu sondernden Rechte von dem Verfahren bei dieser Sonderung, und konnte, eben weil die Feststellung der erstern nicht in eine das letztere Verfahren betreffende Verordnung gehörte, nur jenen allgemeinen Satz aufstellen. Hätte er dieß nicht thun wollen; so hätte er müssen die ganze übrige Gesetzgebung hiermit einflechten, welches doch offenbar außer den Grenzen einer bloßen Sonderungsordnung lag. Einfach und wahr erklärt er bloß, daß Jeder nach seinen Theilnehmungsrechten abgefunden werden solle. Dieß genügt, da die allgemeinen Gesetze die höchst mannichfaltigen Rechte näher bestimmen, in welchen auch die G. Th. O. nach dem, was §. 2—5. darüber gesagt, weder etwas ändern wollte, noch konnte. Dieserhalb fährt sie auch, auf diese Rechtsquellen selbst lediglich verweisend, fort:

§. 59.

§. 31. Welche Rechte jedem Betheiligten an dem Gegenstande der Gemeinheit zustehen, und der Umfang dieser Rechte muß, in Ermangelung rechtsbeständiger

Willenserklärungen und rechtskräftiger Erkenntnisse, zuvörderst nach den statutarischen Rechten, in deren Ermangelung nach den Provinzialrechten, und wenn auch diese fehlen, nach den Vorschriften des A. L. R., worauf wir hiermit, jedoch unter Beziehung auf die nachfolgenden §§., verweisen, beurtheilt werden.

§. 60.

a) Vom Standpuncte des gemeinen Rechts, des A. P. L. R. und dem daraus folgenden Theilungsmaßstabe.

Die verschiedenen Rechtsquellen sind hier in der Reihefolge aufgeführt, in welcher sie sich nach L. R. Einleit. §. 21. einander derogiren, und wie die practische Erörterung und Entscheidung nach derselben greifen müssen. Sie lassen sich indeß nur in der umgekehrten Reihefolge aus einander erklären. Desgleichen um zu bestimmen, in wie weit solches geschehe, oder in welcher Art sie sich gegenseitig derogiren, muß die Theorie gerade in dem umgekehrten Verhältnisse ihre Grundlagen prüfen (Publ. Pat. des A. L. R. §. III. Einleit. §. 6. 57. Bielitz l. c. S. 22.) Es ist dieserhalb auch nöthig, zunächst diejenigen Rechtsquellen zuerst zu erörtern, nach welchen die Dunkelheiten der etwa derogirenden Rechte, so wie auch deren Rechtsbeständigkeit selbst beurtheilt werden müssen. Nach dem Publications-Patent vom 5. Februar 1794 §. 1. tritt zwar das A. L. R. an die Stelle aller fremden und subsidiarischen Rechte und Gesetze und es ist daher mit Recht hier als die letzte subsidiarische Quelle genannt. Indeß nach eben demselben Publ. Pat. §. 8 soll sich dasselbe nicht auf diejenigen factischen Verhältnisse beziehen, welche sich vor dem Erscheinen des A. L. R. ausgebildet hatten (wie dieß namentlich hier mit dem vorliegenden Verhältnisse der Fall ist). Diese sind nach denjenigen Gesetzen zu beurtheilen, unter welchen sie sich gebildet hatten, also hier nach dem gemeinen deutschen Rech-

te*). Hierbey unterscheide man aber wohl zwischen dem nur factisch zu erörternden Sachverhältnisse, welches unter jeden Umständen nur nach der Art und Weise der factischen Bildung zu erörtern ist (historische Sachlage) und den Gesetzen, nach welchen das solchergestalt erörterte Sachverhältniß beurtheilt werden muß (Rechtsprüfung). Hinsichts der letztern kommt subsidiarisch das gemeine Recht vorzüglich auch schon um deshalb in Betracht, weil die historische Bildung durch die Einflüsse desselben mit geleitet wurde. Wenn daher auch nach §. 9. ib. da, wo Dunkelheiten des gemeinen Rechts (d. h. solche, die nicht aufzuklären sind, nicht also jede widersprechende Meinung eines Juristen,) Statt finden, diejenige Meinung, welche mit den Vorschriften des L. R. übereinstimmt oder derselben am nächsten kommt, den Vorzug erhalten soll; so würde doch immer unter jeden Umständen nur einzig und allein die rechtshistorisch ermittelte Sachlage die Entscheidung leiten können, selbst wenn auch die aus dem gemeinen Recht (cf. m. Th. p. R.) entwickelten Grundsätze noch Zweifel übrig lassen könnten. Indeß, was noch mehr ist, das A. L. R. hat sogar selbst diese Grundsätze als die seinigen adoptirt. Dasselbe unterscheidet nämlich sehr wohl zwischen den Gemeinheiten, welche aus dem gemeinschaftlichen (genossenschaftlichen) Eigenthume, und denen, welche aus dem Dienstbarkeitsverhältnisse herrühren (I. 17. §. 75 ff. 350 — 355. Tit 22.). Daß die Gemeinheiten, in welchen sich die Mitglieder der Gemeinden, oder sonstige Corporationen unter einander befinden, nach den Grundsätzen des gemeinschaftlichen Eigenthums beurtheilt werden

*) Dieserhalb stützt sich auch dieser Commentar überall auf meine Th. p. G., welche sich vorzüglich mit dem rechtshistorischen Sachverhältnisse, dem gemeinen Rechte, und der Prüfung und resp. Widerlegung der verschiedenen Ansichten über die bei Gelegenheit der Gemeinheitstheilungen zur Sprache gekommenen Materien beschäftigen, und hierdurch, wenn man will, eigentlich den allgemeinen Theil dieses Commentars bilden.

sollen, ward schon §. 27. gezeigt, (cf. II. §. 108. II. 6. §. 19. II. 6. §. 72. 22. 25.). Auch sollen dieselben Grundsätze über gemeinschaftliches Eigenthum dann Anwendung finden, wenn sowohl mehrern auf dem Grundstück eines Dritten eine gemeinschaftliche Hütung zukommt, als auch wenn ein Hütungsrevier den Besitzern mehrerer Grundstücke sowohl in Absicht des Eigenthums, als der Hütung gemein ist, um ihre Verhältnisse unter einander zu bestimmen (L. R. I. 22. §. 133. 134.). Bei einem gemeinschaftlichen Eigenthume soll aber gesetzlich vermuthet werden, daß jeder Theilnehmer gleiches Recht, und eben so viel Recht als der andere an der gemeinschaftlichen Sache habe, (I. 17. §. 2.). Auf etwaige ungleiche Theilnehmung an der Sache soll es dabey nicht ankommen, indem diese nichts in der Beschaffenheit des Rechts der verschiedenen Miteigenthümer ändert (§. 3 ib.). Eben so sollen auch Gemeinschaften, welche aus Verträgen herrühren, nach den Regeln der Gesellschaftsverträge beurtheilt werden (§. 6 ib.). Nach diesen (wohin die Corporationen nach §. 32. gehören) soll indeß gleichfalls die Vermuthung für gleiche Rechte und Pflichten der Mitglieder gesetzlich eintreten (§. 175. 189. 251. 198. 245. 246.). Man muß daher ganz unbedenklich die Gleichheit der Antheile bey einer unter den Mitgliedern einer Gemeinschaft (Gemeinde) vorzunehmenden Theilung so lange als Regel annehmen und befolgen, als nicht der vollständigste Beweis einer nachstehend zu erörternden Abänderung dieses als Regel dienenden Grundsatzes erhellet, und jede etwaige Dunkelheit bey etwaigen Aenderungen im Zweifel diesem Grundsatze gemäß deuten. (Publ. Pat. §. 3. Einleit. §. 6. 57.) Verfolgt man diesen Gesichtspunct, so wird man finden, daß, wo scheinbare Abweichungen von diesem Grundsatze in den allgemeinen Gesetzen vor-

kommen (z. B. L. R. II. 7. §. 30. Culturedict vom 14. Septbr. 1814. §. 20. Tit. 6.), nur von dem Servitutenverhältnisse die Rede ist *), und die daselbst sogar nur für specielle Fälle dieses Dienstbarkeitsverhältnisses gegebenen Vorschriften durchaus nicht als abändernde allgemeine Grundsätze Anwendung finden können. Denn, wie wir §. 61 ff. sehen werden, so giebt es keine singulaire, obigen Grundsatz abändernde gesetzliche Bestimmungen.

§. 61.

b) Von den Provinzialrechten.

Wollen wir nun prüfen, in wie weit obigen allgemeinen leitenden Grundsätzen in Ermangelung singulairer Gesetze über das

*) Die ältern Schriftsteller, welche von Hütungsrechten sprechen, reden, wie schon in m. Th. p. G. §. 21 — 31. gezeigt, eigentlich nur von Servituten. cf. auch z. B. Scheplitz consuet. Elect. et march Brand. P. IV. tit. 20. und Müller pract. civ. March. ref. 116. Sie können daher nicht in Betracht kommen, sondern dienten nur dazu, die Sache zu verwirren. Eben so unterscheidet das A. L. R. II. 7. §. 28. 30. 31. II. 8. §. 27. 28. sehr wohl zwischen Mitgliedern (die als solche Miteigenthümer sind) und bloßen Einwohnern einer Gemeinde. Letztere können nicht als Miteigenthümer, sondern nur als Servitutberechtigte bey Gemeinheiten concurriren. Letztgedachte Servitutberechtigung folgt aber nicht aus der bloßen Einwohnerqualität (II. 8. §. 27.). Sie kann daraus nicht (gleich dem Miteigenthume an dem Communalvermögen aus der Mitgliedschaft) unmittelbar hergeleitet, sondern muß besonders erwiesen werden. Daß man nicht diesen wesentlichen Unterschied ins Auge faßte, und manche Bestimmung (wo vielleicht bloß von den Mitgliedern einer Commune, als Servitutberechtigten, auf einem dritten Grundstücke die Rede war) nicht von dem gemeinschaftlichen Eigenthume der Mitglieder unter sich trennte, mag vorzüglich dazu beigetragen haben, daß so arge Verwechselungen häufig Platz greifen konnten. So z. B. redet L. R. II. 7. §. 30. nur von dem Umfange einer Servitutberechtigung eines Dorfeinwohners (im Gegensatz eines Mitgliedes §. 29. 31. ib.), setzt also erst den Beweis einer wirklichen Hütungsservitut voraus, und läßt sich in keiner Hinsicht auf die Mitglieder anwenden. Das mehrere hierüber demnächst ad §. 41 und 42. der G. Th. O., wo überhaupt nur von dem subsidiarischen Durchwinterungsfuße, also nur von dem Falle die Rede ist, wo entweder eine unbestimmte Servitut (§. 43.) oder ein derselben analoger statutarischer Maßstab nach dem Grundbesitze (§. 76.) dieses letzte Hülfsmittel erfordert.

vorliegende Rechtsverhältniß (qua talis) derogirt werden können, so stoßen wir hier zunächst, nach der in §. 31. der G. Th. O. selbst angegebenen Reihefolge, auf die Provinzialrechte. Dieser letztgewählte Ausdruck kann sehr leicht zu der, nur zu gewöhnlichen falschen Ansicht führen, als wenn unter Provinzialrechten diejenigen Gesetze zu verstehen wären, welche in einer Provinz Rechtsnormen bestimmten, die von der im Hauptlande geltenden Gesetzgebung zur Zeit der Publication des A. L. R. abwichen. Dieß ist indeß nur eine Verwirrung, welche dadurch entsteht, daß man nach dem Sinne, welchen man mit einem Worte verbindet (d. h. in dasselbe hineinträgt), sich ein (nur schwankendes) Bild schafft und dabey nicht einmal zwischen dem Ursprunge und dem Umfange eines Gesetzes unterscheidet. Dieß letztere zu thun, ist aber um so nothwendiger, als sehr wohl Gesetze hinsichtlich ihres Umfangs sehr verschieden (nämlich theils nur specielle, theils generelle [allgemeine] Gesetze) seyn, dem ungeachtet aber einerley Ursprung haben können. Denn nicht selten müssen sie, trotz ihrer Verschiedenheit Hinsichts des Umfangs, entweder die, sich späterhin vom Gesammtwillen trennende, gesetzgebende Staatsgewalt, oder aber das Gewohnheitsrecht, als gemeinschaftliche Quelle anerkennen, und eben so umgekehrt. Der Wechsel der Staatsformen und der Ländervertauschungen haben das Ihrige bei dieser Verwechselung mit beygetragen. Diese veranlaßten nämlich, daß man dadurch wieder den äußern von dem innern Umfang eines Gesetzes zu trennen verabsäumte, und dasjenige, was allerdings als Abweichung in dem einen Lande, in Vergleich mit demjenigen, wozu es gekommen war, erscheinen mochte, mit einem besondern Rechte (jus singulare, exorbitans), und so die eigenthümlichen Rechte einer Provinz mit Singularrechten verwechselte. Dem ungeachtet können dergleichen Rechte einer Provinz sehr wohl allgemeine Rechte seyn, und waren es auch wirklich fast durchgängig. Denn

in der einzelnen Provinz, welche früher entweder eine für sich bestehende Staatsverbindung bildete, oder als Theil zu einer andern größern gehörte, konnte das, was späterhin durch Trennung oder Verbindung mit andern Ländern als Provinzialrecht erschien, sehr wohl den Charakter einer allgemeinen Landesgesetzgebung haben. Dagegen finden sich aber nichts desto weniger in derselben häufig besondere, *specielle* Gesetze, welche nur für individuelle *Fälle und Personen gelten.* Nur die letztern sollten nach Publ. Pat. l. c. §. 2. noch neben dem A. L. R. fortbestehen, indem die bis dahin gegoltenen allgemeinen Landesgesetze nicht für Provinzialgesetze anzusehen, sondern aufgehoben seyn sollten (*Bielitz* l. c. l. S. 23.) *). Das Kennzeichen *für die noch nicht* durch die Publication des A. L. R. *aufgehobenen* Provinzialgesetze ist daher nicht etwa deren zufälliger Name, sondern deren Bestimmung und Einschränkung für und auf *individuelle* Fälle und Personen in der Provinz. Dieß ist auch nur allein durchgreifend. Denn jene allgemeinen Landesgesetze, wenn sie auch späterhin den Namen Provinzialrechte erhielten, sollten doch immer nur allgemeine Rechtsprincipien aussprechen. Diese, selbst wenn sie auch häufig sich nicht consequent bleiben möchten, sondern in Beziehung auf die principia juris der strengen Prüfung als singulaire Bestimmungen erscheinen mögen, waren nichts desto weniger immer *allgemeine* Landesgesetze, an deren Stelle eben das A. L. R. trat. Bey den vielfachen Spuren von Inconsequenz in denselben ist es freylich sehr schwer, eine feste Grenzlinie aufzufinden. Indeß auch

---

*) Nur in dem Publications-Patente vom 8. und 24. März, 5. April und 31. December 1803 wurde bestimmt, daß für die damals erworbenen Provinzen *ausnahmsweise* die daselbst gegoltenen Landesgesetze als Provinzialgesetze fortbestehen sollten. Ueber die Veränderungen, welche die Provinzialrechte und deren Fortdauer in den einzelnen Provinzen erfuhren, cf. überhaupt *Bielitz* l. c. I. S. 22 ff.

hier dient der historische Gang als Leitstern. Besondere factische Verhältnisse machten es nämlich schon in den frühesten Zeiten häufig nöthig, daß für dergleichen eigenthümliche Verhältnisse specielle Gesetze gegeben werden mußten, welche ausdrücklich Abweichungen von den allgemeinen Gesetzen über Rechtsverhältnisse gleicher Art (aber deshalb nicht gleicher factischer Entstehung) sanctionirten. Diese konnten natürlich ohne die größte Ungerechtigkeit nicht durch rückwirkende Kraft späterer Gesetze ihre eigenthümliche factische Natur verlieren, und mußten daher die dafür ertheilten speciellen Gesetze, auch selbst noch nach dem A. L. R., fortbestehen.

§. 62.

Fortsetzung.

Eigenthümlich factischer Natur, am Prüfstein der rückwirkenden Kraft der Gesetze mit allgemeinen Gesetzen und deren Principien verglichen, ist daher nur das einzige Criterion für die nicht aufgehobenen „besondern Provinzial-Gesetze" welche eben deshalb aber auch mit den Statuten zusammengestellt werden (§. 3 ib.). Durch eine Vergleichung der letztern mit ihnen, wird sich in den folgenden §§. noch mehr dieses Criterion bestätigen. Specielle Gesetze sind auch die Statuten, nur mit dem Unterschiede, daß, wo ihre specielle Natur in den Provinzial-Gesetzen erscheint, die Würdigung der, besondere Rechtsnormen erheischenden, factischen Verhältnisse, von dem Gesetzgeber selbst ausging. — Verfolgt man obigen Gesichtspunct, so wird freylich Manches als aufgehoben erscheinen, was irrthümliche Ansicht vielfach als noch fortbestehend betrachtete *). Denn sehr Vieles, was bloß z. B. für Servituten, gemeinschaftliches Eigenthum u. s. w. als allgemeines Gesetz in den

*) cf. z. B. die Anmerk. ad §. 70. hinsichtlich der Magd. P. O.

sogen. Provinzial-Verordnungen aufgestellt ward, ward gewöhnlich irrthümlich für ein specielles, nicht aufgehobenes Gesetz gehalten. Indeß es ist durchaus nicht anders, als auf diesem Wege zu einem festen, und zugleich eben so gerechten, als für die Fortschritte einer weisen Gesetzgebung durchaus nöthigen Gesichtspuncte zu gelangen. Wo finden sich auch in den bey weitem meisten alten Provinzial-Verordnungen, und resp. Sammlungen derselben, besondere factische Verhältnisse als beachtet? In den vielfach verworrenen, nicht selten unverständlichen, halb aufgefaßte römische Rechtsbegriffe wiedergebenden, und jeder klaren Anschauung und Unterscheidung ermangelnden sog. Provinzial-Gesetzen, finden sich in der Regel sogar die Spuren vom Gegentheil. Nämlich theils erklärten sie selbst, für das ganze betreffende Land gelten zu wollen, und konnten sie schon deshalb keine speciellen Verordnungen für specielle factische Verhältnisse enthalten; theils aber introducirten sie sich auch selbst fast überall nur als subsidiarisch (unter stillschweigender oder ausdrücklicher Genehmigung der Ausnahmen, welche eines jeden Ortes Recht, Gewohnheit und Herkommen vielleicht mit sich bringe). Sie erschienen mithin fast alle nur, in Ermangelung besonderer factischer Einrichtungen und Verhältnisse, als leitende allgemeine Grundsätze! Wenn man daher doch endlich einmal aufhören wollte, den meistens elenden alten Wust dadurch zu mißbrauchen, daß man den einzelnen, gewöhnlich sogar nur mißverstandenen Bestimmungen der alten Ordnungen u. s. w. eine große Bedeutung giebt, und in sie alles nur Mögliche hineinpackt, oder aus ihnen herauspackt, was nie in diesen meistens höchst mangelhaften Gesetzgebungsversuchen gelegen hat. Ja was noch mehr ist, die vielfachen Unbestimmtheiten sind selbst in der frühern Zeit meistentheils von der Praxis nicht einmal beobachtet. Theils unter dem Vorwande, daß es hier oder dort anders sey, theils weil man

alles nach gangbaren Rechtsansichten modelte, theils aber auch, weil man in frühern Zeiten überhaupt alle Verordnungen, selbst wenn sie auch noch so oft wiederholt, oder mit Drohungen zur Befolgung anbefohlen wurden, sogar wenig genau beobachtete, sind selbst vor dem A. L. R. die meisten Bestimmungen dieser Provinzialordnungen nur dürftig befolgt. Man läuft daher in der That durch dergleichen Plünderungen alter Gesetzsammlungen, in der Absicht, um daraus Provinzial-Gesetzbücher zusammenzutragen, meistentheils nur Gefahr, Rechtsnormen ans Tageslicht zu fördern, an die früher niemand gedacht hat, und die statt wohlerworbene Rechte zu schützen, dieselben nur, zum Nachtheil einer dadurch noch größer werdenden Gesetzverwirrung, vielfach kränken würden. — Nur durch eine strenge Verfolgung des obigen Gesichtspuncts erhalten diese alten Verordnungen ihren höchst schätzbaren Werth, wiewohl in einer ganz andern Art, als man ihnen gewöhnlich Wichtigkeit zu geben pflegt. — Nämlich, um den rechtshistorischen Gang der verschiedenen Rechtsverhältnisse besser zu verfolgen, um das Wesen derselben nebst seiner etwaigen Eigenthümlichkeit und Ortsverschiedenheit zu ergreifen, nur um deshalb ist es von Wichtigkeit, die alten Provinzialgesetze genau mit den allgemeinen Rechtsprincipien zu vergleichen, und beide gegenseitig mit- und durcheinander zu läutern. Verfolgt man diesen Weg, so wird sich aber von selbst zeigen, wie viel oder wenig wirklich von jenen Gesetzen als derjenige Theil anzusehen ist, welcher specielle Bestimmungen für individuelle, nicht unter allgemeine Gesetze zu stellende und wirklich gestellte factische Verhältnisse enthielt, und was daher nicht als aufgehoben anzusehen ist. Dieser Weg führt von selbst zu geläuterten Rechtsbegriffen und zugleich zur geläuterten factischen Wahrheit. Er vervielfältigt aber alsdann nicht die Rechte, sondern er vereinfacht sie. Denn er zwingt zu mehrerer Consequenz und säubert die Rechts-

materien von verwirrenden Schlacken, indem er zur Erforschung des **Wesens** eines jeden Verhältnisses auffordert*).

§. 63.

c) Statutarische Rechte. aa) Begriff derselben, α) im allgemeinen.

Die G. Th. O., gleich dem A. L. R. (cf. Einleit. §. 3. 4.), läßt den Begriff unbestimmt, welchen sie mit dem Ausdruck **Statuten** verbindet. Nur bey Stadtgemeinden kommen im A. L. R. (II. 8. §. 115 ff.) dieselben nochmals vor, jedoch nicht definirt, sondern bloß rücksichtlich der, für die Folge dabey zu beobachtenden Form. Dieser schon von vielen Andern gerügte Mangel (cf. z. B. **Merkel**, Comment. ad Einleit. des P. L. R. §. 3 — 4. **Stengel**'s Beytr. B. 6. S. 317 ff.) muß wenigstens auf jeden Fall den Grundsatz rechtfertigen, daß der Begriff dessen, was Statut sey, nur nach dem gemeinen Recht und nach allgemeinen Principien festgestellt werden könne. Die Lehre über Statuten und Gewohnheitsrecht hat von jeher mit zu den verworrensten gehört, so einfach dieselbe auch seyn mag. Beide sind

---

*) In dem ehemal. Westphalen ist auch durch die Einführung des Code Napoleon (cf. Constitution des Königreichs Westphalen vom 15. Nov. 1807. art. 45.) da, wo derselbe nach art. 1736. nicht selbst auf örtliche Gewohnheit hinwies, auf Grund des westphälischen Decrets vom 21. Decembr. 1808 der Wirrwarr früherer Provinzial-Verordnungen sehr vermindert. Denn nach art. 3 ib. haben besondere Gesetze und Verordnungen der Länder, aus welchen dieses Königreich bestand, imgleichen die allgemeinen oder örtlichen Observanzen und Gewohnheiten, Statuten und Vorschriften aufgehört, in Ansehung der Gegenstände, **worüber der Code Napol. Verfügungen enthält**, die Kraft eines allgemeinen oder besondern Gesetzes zu haben. — Eine Vorschrift, die für diese Materie wohl wenig von Provinzial-Rechten übrig lassen dürfte, wenn sie genau beachtet wird! — Denn der Code Napol. handelt von Gemeindegütern art. 542. und deren verschiedenen Eigenschaften art. 543. 649 ff. — Deren Theilung ist durch art. 815 ff. begründet. Die Servituten machen nicht minder einen Hauptgegenstand desselben aus, art. 686 ff. Ueber die Bedeutsamkeit der art. 647. 648 und 707. als wirkliche Ackergesetze für Gemeinheitstheilungen cf. **Lerche** Elogium über diesen Art. Blankenb. 810.

nämlich dem Wesen nach eins, und nur in der Form möglicherweise verschieden. Statuere heißt nämlich: feststellen, beschließen, und ist nichts anders, als das, was man sonst auch wohl Willköhren, Bauerköhren, Dorf- oder Hofsprachen nannte (Weiße, Einleit. in d. gem. deutsche Pr. R. S. 43.). Auch zeigt der Sachsenspiegel (von Zobel S. 278. B. 2. Art. 55.), daß das, was die Glosse Statutum im Lateinischen nennt, nichts anders, als „willköhr und dorfrecht unter den Bawern" ist. „Was der mehrer teil aus der gemein zu jhren Nutz beschließen, das sollen die andern halten." Ueberhaupt sind Statuten nach dem gemeinen Recht nichts anders, als Bestimmungen inter partes, quae non ex voluntate superioris sed ex pacto et conventione auctoritatem accipiunt. Sie sind daher weiter nichts, als ein Uebereinkommen, welches eben sowohl ausdrücklich, als stillschweigend gebildet werden konnte, besonders zu einer Zeit, wo eine schriftliche Abfassung noch nicht erforderlich und höchst ungewöhnlich war *). Sie verschmelzen sich daher, sobald sie (wie gewöhnlich, besonders in den Dörfern,) nicht schriftlich redigirt wurden, mit dem Gewohnheitsrechte, als welches dergleichen Uebereinkommen nicht allein noch mehr befestigt, sondern auch bekundet; (cf. Leyser, meditat. ad pandect. Sp. 8. 9.). Daher war es auch von jeher angenommener Grundsatz: omne statutum, et consuetudo si modo legi divinae non contrariatur, valet. Leyser ib. coroll. 2. ad sp. 158.

§. 64.

β) Fortgesetzter Beweis, daß Gewohnheitsrecht und Statut dem Wesen nach dasselbe sind.

In den alten Zeiten Deutschlands gab die Uebereinstimmung des versammelten Volks sich selbst Gesetze (statuit populus), welche durch Murren oder Beyfallsgeräusch

*) Das A. L. R. spricht auch nicht von Verträgen bei Feststellung der Statuten, sondern nur von ordnungsmäßig abgefaßten Beschlüssen (II. 8. §. 115 ff.).

der Waffen beschlossen oder verworfen wurden. Das schon von dem Augenblicke des Beschlusses an gültige Gesetz ward durch lange Beobachtung ehrwürdig, und so, wenn man will, zwar nicht durch die Zeit bekräftigt, wohl aber in den Augen der Betheiligten geheiligt. Die Beschlüsse (statuta) erhoben sich dadurch zum Gewohnheitsrecht. — Das Gewohnheitsrecht ist nichts anders, als ein Statut, das nicht durch urkundliche Aufbewahrung einer frühern Uebereinkunft, sondern durch langjährige Beobachtung derselben bekundet und in der gewöhnlichen Meinung befestigt ist *). Denn wesentlich mehrere Kraft hat dasselbe nicht, höchstens würde es etwaige frühere Mängel eines vollgültigen Beschlusses heben, und die Vollständigkeit der Willenserklärung durch die anzunehmende stillschweigende Genehmigung ergänzen. Später als Erforderniß in die Statuten hineingetragene, ausdrückliche oder stillschweigende Sanction des Gesetzgebers ergreift nicht das Wesen. Uebrigens war auch dieses Merkmal häufig eben so schwankend als willkührlich, (z. B. bezeichnete es Moser, deutsche Unt. Rechte und Pflichten. B. 2. Cap. 3. §. 22. „Was aber ein wenig (?) von Wichtigkeit ist, darzu wird wenigstens die Landesherrliche Genehmigung erfordert"). Dieß Merkmal bezog sich bloß auf die späterhin häufig hinzugekommene ausdrückliche Genehmigung des Gesetzgebers **), oder die Fassung neuer Beschlüsse. Die letztere gestattete nämlich die aus den Händen des Volks entnommene Gesetzgebung späterhin nur noch in eigentlichen Privatverhältnissen. So kam es denn auch, daß der Sprachgebrauch die Statuten all-

---

*) Die Lüneb. G. Th. O. §. 54. erwähnt daher bloß das Herkommen, und will insonderheit, daß von den Grundsätzen, nach welchen bisher Theilungen vollzogen wurden, nicht leicht abgewichen werden solle.

**) Alsdann werden die Statuta (majorum) häufig jedem andern Gesetze gleichgestellt, cf. z. B. Capit. Carol. Magni et Ludovici Pii lib. VII. capit. 456. 457. und additio quarta nr. 51.

mählig auf Regeln, welche sich Gesellschaften im engern Sinne und Corporationen geben, beschränkte. Dieses Merkmal ändert daher nicht das Wesen der Statuten, sondern ist bloß eine Bedingung fernerer Zulässigkeit derselben. Auch beziehen sich diese Beschränkungen nur auf die einseitig von den Magisträten als Ortsobrigkeiten gemißbrauchte legislatorische Anmaßung die sich nicht selten erlaubte, dem eigenen (oder Einzelner) Vortheile die Rechte Anderer unterordnen zu wollen. Keinesweges aber war jemals die an die Stelle eines jeden Vertrages (über beliebige Privatrechtsverhältnisse) tretende Uebereinkunft sämmtlicher Betheiligten verboten. Diese letztere konnte daher stets durch dergleichen gemeinschaftliche Beschlüsse, Normen (Statuten) aufstellen. Die Zulässigkeit solcher Statuten kann hier in diesem bloß privatgesellschaftlichen Verhältnisse, wo von den Gesetzen selbst darauf verwiesen, um so weniger in Zweifel gezogen werden, als hier nur von einführenden Gewohnheitsrechten (Hufeland, Lehrb. des gem. Civilrechts §. 1358.) und nicht von den die (fast überall nur in Ermangelung dieser Gewohnheiten gegebenen) Gesetze abschaffenden Gewohnheiten (§. 1360. l. c.) die Rede zu seyn pflegt. Denn es liegt, wie obgedacht, schon in der Entstehungsweise der ältesten Gesetze, daß sie eigentlich sämmtlich statuta waren, und nur späterhin die sich von dem Gesammtwillen absondernde gesetzgebende Gewalt sich die ihr wichtiger erscheinenden Fälle zur eigenen gesetzlichen Entscheidung, so wie auch späterhin die Sanction der Statuten in jenem spätern engern Sinne vorbehielt. — Leerer Wortstreit dürften übrigens bloß die fernern mehrfachen Unterscheidungen derselben, z. B. von Observanzen (observantia vulgaris juridica interpretativa u. s. w.) seyn. Denn wird ein Grundsatz als bindende Regel observirt; so ist er Gewohnheitsrecht. Ist dieß nicht geschehen; so kann das, was noch so lange beobachtet ward, auch nicht verbinden. Die Unterschei-

dung nach dem Umfange des gesellschaftlichen Verbandes, welche neuerdings Bielitz (practischer Commentar des A. L. R. Band I. S. 36.) machte, ist eben so willkührlich, als wechselnd durch Veränderung der Bezirkseintheilung, welche auf die erworbenen Rechte selbst offenbar keinen Einfluß hat. Alles dieß ist auch nur verwirrend und unnütz.

§. 65.

γ) Feststellung des Wesens statutarischer Rechte selbst.

Das Wesen eines Statuts wie eines Gewohnheitsrechts besteht daher in der Anerkennung einer Bestimmung als verbindliche Regel für eine danach einzurichtende Handlungsweise. Sie sind daher Gesetz für die, welche sich dieser Regel unterwerfen. Sie sind Regeln, welche ihre Rechte bestimmen. Mit Recht hat daher auch das A. L. R. nicht zwischen Gewohnheit(s-Recht) und Statuten unterschieden. Daß das A. L. R. unter Statuten nichts anders als das obgedachte Uebereinkommen (sey es lex scripta, oder Gewohnheitsrecht, non scripta, d. h. also ein pactum und lex inter partes,) verstanden wissen will, ergiebt sich auch noch vollständiger daraus, daß ja auch L. R. II. 7. §. 31. ausdrücklich die Verhältnisse unter den Mitgliedern und Einwohnern einer Dorfgemeinde gelten lassen will, welche sich durch Herkommen bildeten, und deshalb verordnet, daß es dieserhalb bey demjenigen, was durch Verträge und hergebrachte Gewohnheit festgesetzt sey, sein Bewenden haben solle. Diese Verweisung des A. L. R. auf das Herkommen, und hergebrachte Gewohnheit in diesem Falle, muß um so mehr volle Beachtung verdienen, als ja insonderheit bey factischen Verhältnissen, die schon vor dem A. L. R. existirten, auch die in Ansehung dieses Verhältnisses zur Zeit der alten Verfassung befolgten Grundsätze in der neuen Verfassung beybehalten wurden. Eben so müssen auch unbezweifelt diejenigen Gewohnheiten besonders inter partes gelten und zur Norm

dienen, auf welche das L. R. selbst (wie namentlich in dieser Materie) verweiset. cf. Stengel's Beyträge B. 1. S. 153 — 157. Rescript vom 13. July 1795. ib. B. 2. S. 303.

§. 66.

bb) Dringende Nothwendigkeit der Beachtung obigen Begriffs.

Wollte man übrigens auch nicht dieses Herkommen in den verschiedenen Orten als Statuten betrachten, und zur Entscheidung der betreffenden Rechtsverhältnisse als Norm annehmen, welche Ungerechtigkeiten würde man alsdann begehen? — In sehr vielen Ortschaften haben nämlich nie wegen der Benutzung der Weidereviere die geringsten Einschränkungen Statt gefunden. Ein Jeder hat auf dieselben so viel Vieh auftreiben dürfen, als er wollte, er mochte dasselbe durchfüttern oder nicht, mit fremdem oder selbst gewonnenem Futter im Winter ernähren. Nach dem L. R. I. 17. §. 2. hatte daher ein Jeder an diesen Revieren, die als Eigenthum der Gemeinde anzusehen, gleiche Rechte (§. 60.). Auch trug gewöhnlich jedes Mitglied zu den Lasten, die diese Reviere erfordern, gleichmäßig, einer so viel als der andere, bey. Auch dieses bestärkte sein gleiches Anrecht (L. R. II. 7. §. 29. 19. II. 6. §. 72.), da es auf die bezogenen Nutzungen nicht ankommt. L. R. I. 17. §. 3. Häufig ist nun dieses gesetzliche Anrecht durch Ortsgewohnheit noch mehr bestätigt. Es hat nämlich häufig bey frühern Theilungen einzelner Weidereviere der eine so viel erhalten, als der andere; gleiche Theilnahme hat bey Verkabelungen der Weiden, bey Holz-, Gras-Absonderung und Vertheilungen Statt gefunden*). In andern Gegenden und Gemeinden

*) Ja selbst in einer Gemeinde, wo alle diese obigen Puncte gleichfalls zusammentreffen, haben sogar die Koßathen, welche, gestützt auf obige Umstände, gleiche Theile wie die Ackerleute in Anspruch nehmen, nachdem schon verschiedene Theilungen nach gleichem Maßstabe Statt gefunden, das jetzt noch zu theilende Weiderevier ge-

haben dagegen durch rechtsgültige Uebereinkunft (Herkommen, Statut) andere Verhältnisse vorgewaltet. Die Mitglieder, Genossen, Nachbarn haben häufig jene gesetzlichen und zu vermuthenden gleichen Theilnahme-Rechte abgeändert und, sey es anfänglich durch Mißbrauch oder durch vertragsmäßiges Uebereinkommen, andere Theilnahme-Verhältnisse festgestellt. In der Natur der Sache liegt es, daß, wo dergleichen Abweichungen von dem ursprünglichen rechtshistorischen und gesetzlich zu präsumirenden Verhältnissen einmal Eingang fanden, die allergrößte Mannichfaltigkeit erscheinen kann.

§. 67.

Fortsetzung. Noch jenem ursprünglichen gleichen Rechte der Mitgliedschaft am nächsten stehen die häufig vorkommenden sog. **Nachbarrechte.**

---

meinsam in einem dieserhalb stattgehabten Processe durch Vergleich erstritten, und zu den Kosten, die dadurch aufgelaufen, „weil einer so viel Rechte habe als der andere" gleichviel beygetragen (L. R. I. 17. §. 251.). Wie sollten sie nun jetzt auf einmal einem andern Maßstabe sich unterordnen müssen? Eben so sind auf der andern Seite einzelne Gemeinden vermöge ihrer Ortsgewohnheit von jenem gesetzlichen gleichen Maßstabe abgewichen. So z. B. findet in einer Gemeinde seit undenklichen Zeiten die Einrichtung Statt, daß von jeher ein Ackermann zu 2 Theilen und ein Kossath zu einem Theile zu den sehr bedeutenden Holz- und Weiderevieren überall concurrirte. Nach diesem Maßstabe trugen sie auch zu den Lasten bey. Namentlich erhielten sie danach die sehr bedeutende Buhne, welche mitunter in einem Jahre mehrere tausend Thaler kostete, und theilten nach gleichem Maßstabe das für fremdes Vieh eingekommene Weidegeld und das auf geschonten Stellen gewonnene Heu, desgleichen auch das Holz, was auf einem Theile dieses Revieres wächst. Ueber alle diese Puncte und deren factische Richtigkeit hat nie ein Streit obgewaltet. Vertrauend auf die frühern Gesetze und Einrichtungen, haben sie mit schweren Kosten, welche die Buhnen verursacht, sich gewissermaßen die Reviere erkaufen müssen. Niemand hat an dem einem Jeden bekannten Anrechte eines Jeden nach diesem Maßstabe gezweifelt. Wie würde es sich nun wohl mit der Gerechtigkeit vereinbaren, wenn man jetzt nicht diese alten Einrichtungen ehren wollte? Wie kann man indeß dieß anders, als dadurch, wenn man die Gesetze, so wie vorgedacht, deutet und anwendet? —

Diese mögen vorzüglich dadurch entstanden seyn, daß einige Höfe eingingen, und die Uebernehmer derselben, sobald sie schon selbst einen Hof und resp. Mitgliedschaft hatten, die Rechte und Pflichten eines doppelten und resp. mehrfachen Mitgliedes erhielten. Hierdurch kam es, daß einige in der Gemeinde häufig mehrere sog. Nachbarrechte besitzen. Nach der Zahl dieser Nachbarrechte erhielten sie dann eben so viel Antheile, als sie Nachbarrechte haben. Diese Antheile selbst sind sich aber dabey gleich, und deuten eben dadurch schon auf den Ursprung der gleichen Rechte, welche auch noch im allgemeinen dabey fortdauern. Besonders sind bey Wiesen-, Holz- und Weidenkabeln, so wie auch beym Pferch-Rechte, diese Nachbarrechte, da wo sie überhaupt existiren, in die Augen fallend. Indeß erwecken sie offenbar die Vermuthung, daß dieses Verhältniß der Nachbarn (Mitglieder) unter sich durchgängig bey allen Gegenständen der Gemeinheit eintritt. — In den übrigens häufig so höchst verschiedenartigen statutarischen Rechtsverhältnissen finden aber auch die eben so verschiedenen bisherigen Ansichten der Rechtsgelehrten und Oekonomen ihren Grund. Sehr wohl ist es möglich, daß derjenige, welcher sich für die Theilung nach der Verschiedenheit der Höfe erklärte, in den ihm bekannten Gemeinden die statutarische Einrichtung bemerkte, daß nach dieser Eintheilung sich Rechte und Pflichten der einzelnen Mitglieder regulirten. Andere bemerkten, daß anderwärts sich die Theilnahme nach der Contribution richtete, nach der Ackergröße, nach der Durchwinterung u. s. w. Alle diese Männer konnten in dem, was sie gesehen hatten, vielleicht Recht haben. Vielleicht konnte wirklich in den von ihnen beobachteten Gemeinden eine statutarische Theilnahme nach diesen Verhältnissen eingetreten seyn. Höchst unrecht war es aber (selbst wenn sie auch richtig beobachtet), aus diesen einzelnen Fällen eine allgemeine Regel machen zu wollen. Dieß konnte nie eine solche specielle Uebereinkunft in einzelnen

Gemeinden werden, und selbst eine, noch so allgemeine, gleiche oder ähnliche Verhältnisse vorfindende Beobachtung kann keine Vermuthung begründen, daß in einer dritten Gemeinde dasselbe statutarische Recht sey. Eben so unrecht aber wäre es auf der entgegengesetzten Seite, das statutarische Recht nicht zu beachten, sondern nur nach allgemeinen Principien jedes sich besonders gestaltete factische Verhältniß zu beurtheilen.

§. 68.

cc) Erfordernisse und Beweis eines statutarischen Rechts *).

Aus dem Wesen eines Verhältnisses folgen von selbst schon dessen Merkmale, um es in jedem einzelnen Falle zu erkennen. Wesentliche Erfordernisse sind daher nur sowohl für Gewohnheitsrecht als für Statuten 1) ein vollgültiger Beschluß (Hufeland l. c. §. 885. A. L. R. II. 6. §. 51 ff. II. 7. §. 21 ff.) hier, wo von Rechten jedes einzelnen Mitgliedes die Rede ist, die Uebereinstimmung sämmtlicher Mitglieder (quod omnes tangit, debet ab omnibus approbari. Sect. V. reg. 29. de R. J. A. L. R. II. 6. §. 68. II. 7. §. 21. 23.). Ob dieselbe schriftlich oder mündlich erfolgte, ist besonders in frühern Zeiten, wo keine Form vorgeschrieben war, und auch noch bis jetzt fast nirgends, wenigstens für Bauerngemeinden, vorgeschrieben war, gleichgültig. Eben so wenig kommt es darauf an, ob die Uebereinstimmung ausdrücklich oder stillschweigend erfolgte, sobald nur erhellet, daß sie als

*) Uebrigens unterscheide man sehr wohl die Begründung eines Statuts von dessen Anerkennung. Nicht selten finden sich dergleichen Anerkennungen in einzelnen Pachtcontracten u. s. w., die zwar gegen den Dritten, der nicht zugezogen ward, keine statutarische Einrichtung begründen könnten, die aber als zu einer Zeit und unter Umständen abgegeben, wo noch an einen Streit darüber nicht zu denken war, die Existenz einer statutarischen Einrichtung sehr wohl bekunden, wenigstens als ein Zeugniß, welches eine mehr oder weniger starke Vermuthung für seine Richtigkeit erweckt, betrachtet werden können (A. G. O. I. 10. §. 158 ff.)

eine wirkliche Einwilligung angesehen werden kann (nämlich daß a) physische und rechtliche Möglichkeit der Willensbestimmung überhaupt vorhanden war, b) das Gegentheil derselben nicht sonst gewiß und c) die Handlung, aus welcher man sie ableitet, schlüssig [factum concludens] sey. Hufeland ib. §. 155.). 2) Diese Uebereinstimmung muß aber auch erwiesen werden können. Die Beweismittel sind die allgemeinen. Nur der Mangel des directen Beweises über die factische Existenz einer vollgültigen Uebereinkunft führt zu den indirecten Folgerungen derselben aus solchen Handlungen, welche dieselbe in deren vollständigen Anerkennung als verpflichtende Regel darthun (Gewohnheitsrecht). Der Beweis für diese concludenten Handlungen ist derselbe, wie für jede stillschweigende Einwilligung, indem mindestens eine solche supponirt werden muß. Für dieselbe sind aber eben so wenig als für jenen Beweis gewisse Bedingungen von den Gesetzen festgestellt, und eben so wenig eine Verjährung vorgeschrieben. Wo der Gerichtsgebrauch eine Verjährungszeit in Sachsen von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen erfordert, da geht derselbe auf der einen Seite zu weit, auf der andern nicht weit genug. Denn wenn es auch der Beurtheilung des Gerichts überlassen bleiben muß, zu erwägen: auf welche Weise die vollständige Existenz einer Gewohnheit nachzuweisen sey; so läßt sich doch dafür keine Zeit oder Zahl der Handlungen bestimmen, aus denen der Richter mit Recht folgern könne, eine Handlungsweise sey gehörig bekannt geworden und ohne Widerspruch als Regel anerkannt. Einzelne wenige Handlungen und eine kürzere Zeit sind oft significanter, als mehrere Thatsachen und eine längere Zeit. Nur zu einer, einem Gesetze derogirenden (abschaffenden) Gewohnheit gehört in ermangelnder Genehmigung des Gesetzgebers eine Verjährung (Hufeland l. c. §. 1360. und nach demselben §. 1359.); zu einer einführenden Gewohnheit aber im Allgemeinen nur, daß die als Gewohnheitsrecht geltende anzunehmende Re-

gel in schließenden Handlungen als gesetzlich anerkannt sey, d. h. a) in mehreren, b) freyen, c) öffentlichen (so daß anzunehmen, ein jeder habe Kenntniß davon, und daß es eine bindende Regel seyn solle, gehabt, um, wenn er gewollt hätte, widersprechen zu können), d) in der Meinung, es sey so nothwendig und Rechtens, vorgenommenen (ex opinione juris vel necessitatis — obligationis — gesti), e) gleichförmigen, f) nicht (durch Widerspruch oder entgegengesetzte Handlungsweise) unterbrochenen, g) seit mehreren Jahren beobachteten Handlungen bestehe.

§. 69.

Fortsetzung.

Dieß ist der Prüfstein, nach welchen daher zu beurtheilen ist, ob die ebengedachten gesetzlich zu präsumirenden gleichen Theilnahme-Rechte durch Statuten (oder Gewohnheit) geändert sind. Eine solche Aenderung würde indeß nichts desto weniger eine einführende, nicht aber eine abschaffende Gewohnheit seyn. Denn sie handelt nicht gegen eine gesetzliche Präsumtion, sondern die letztere ist bloß eine Regel, welche aus allgemeinen Grundsätzen und aus der allgemeinen historischen Gestaltung des Verhältnisses vom Gesetz gefolgert ward. Dieselbe schließt daher nicht den Beweis aus, daß ausnahmsweise eine andere Gewohnheit eingeführt sey! Bey der Prüfung einzelner Verhältnisse, ob und in wie weit dieselben, als zu einem Gewohnheitsrechte erhebend, zu betrachten sind, werden wir übrigens finden, daß auch selbst die Resultate, welche durch Anpassung an jenen allgemeinen Satz sich bilden lassen, selbst von den Gesetzen unterstützt werden. Daß in obigen Bestimmungen für die Gültigkeit des Gewohnheitsrechts das A. L. R. etwas geändert habe, oder daß dasselbe eine Verjährung zu dessen Befestigung verlange, erhellet nirgends. Indeß würde wenigstens, sobald über die Gültigkeit der Form einer Uebereinkunft ein Zweifel obwaltete, dieser durch eine fort-

dauernd gleichförmige Beobachtung einer Norm, welche zehn Jahre hindurch erfolgte, nach L. R. II. 11. §. 242. gehoben werden können. Es bleibt jedoch nichts desto weniger der Nachweis der Existenz der im vorstehenden §. erwähnten Erfordernisse dabey unerläßlich. Denn selbst wenn man die Nothwendigkeit einer Verjährung annimmt; so muß doch der Nachweis geführt werden, daß die Norm, welche man habe durch Verjährung befestigen wollen, von der Art sey, daß sie als solche wirklich anzusehen ist (cf. L. R. II. 6. §. 33. 38. Einleit. §. 33. I. 9. §. 596. 649.). Uebrigens kann auch nach dem A. L. R. der vielfach gemißbrauchte und in die Stelle eines Gewohnheitsrechts geschobene Gerichtsgebrauch als ein wirkliches Gewohnheitsrecht nicht betrachtet werden. Denn Gesetzgeber ist er nicht, und gerade daß Streit entstand, bekundet den Mangel einer Einwilligung, den auch der Zwang, den ein Erkenntniß bloß zwischen den streitenden Parteien giebt, nicht ergänzen, noch dessen allgemeine Ergänzung bekunden kann. Nur Thatsachen, welche als feststehend in dergleichen Urkunden bezeuget sind, könnten höchstens, sobald sie durch andere Umstände unterstützt, und nicht widerlegt werden, zur Prüfung, ob und in wie weit ein Gewohnheitsrecht existire, berechtigen, nicht aber die Folgerung, welche ein früheres Erkenntniß vielleicht nur irriger Weise daraus zog, als Norm dienen. (L. R. Einleit. §. 5. 6. Bielitz I. S. 37.)

§. 70.

bb) Anwendung obiger Erfordernisse auf α) den gehaltenen Viehstand;

Wenden wir nun obige Grundsätze auf einzelne Fälle an, welche alsdann zugleich als Beyspiele für andere Fälle dienen können. 1) Der Umstand, ob jemand weniger Vieh als der andere auf die Weide getrieben hat, oder nach seiner Wirthschaftseinrichtung hätte treiben können, kann unmöglich den, von den einzelnen Interessenten gehaltenen und auf die Weide getriebenen

Viehstand zu einem Gewohnheitsrechte, welches ein hiernach stattfindendes ungleiches Theilnahmerecht bestimme, erheben *). Denn wo liegt hierin die Anerkennung einer

---

*) Man findet zwar zuweilen in manchen Urbarien, Erbbüchern u. s. w. eine Bestimmung, wo davon die Rede ist, „daß jeder so viel Vieh halten dürfe, als er sich getraue durch den Winter zu bringen." Dieß heißt indeß durchaus nichts anders, als jeder könne so viel Vieh halten, als er wolle. Denn in der Art, wie er etwas durch den Winter bringen könne, findet sich keine Beschränkung. Auf gleiche Weise ist es auch zu deuten, wenn es z. B. in der Magdeb. Pol. Ordn. Cap. 31. §. 1. heißt: „Ein jeder Einwohner mag so viel Vieh halten, als es die Landesart jedes Ortes zuläßet, und er von seinen eigenen, oder an selbigem Orte gepachteten Aeckern und Wiesen füglich auswintern kann." — Wenn man hierin eine nach der G. Th. O. noch fortbestehende Provinzial-Rechtsbestimmung finden will, so thut man sehr unrecht. Denn 1) ist sie nach §. 61. 62. nicht dafür zu erachten, indem dieser Magd. Pol. Ord., zufolge des Publ. Pat. vom 3. Jan. 1688, bloß eine revidirte Sammlung allgemeiner Landesverordnungen des frühern Landesherrn, die „sämmtlichen Unterthanen und Einwohnern" dieses früher für sich bestehenden Landes ertheilt worden ist, mithin im allgemeinen durch das A. L. R. aufgehoben ward. 2) Für ein jus singulare, welches specielle Gesetze für ein individuelles factisch abweichendes Verhältniß gab, ist die obige Bestimmung nicht zu halten. 3) Ja sie introducirt sich sogar selbst nur als subsidiarisch, wenn „die Landesart" nicht etwas anders bestimme. 4) Ueberdieß spricht sie nur von Servituten, wie die übrigen §§. des Cap. 31. bekunden, und bedient sich in dieser Beziehung des Ausdrucks „Einwohner", welcher sehr wohl von einem Mitgliede (Bürger) als Miteigenthümer geschieden ist (cf. §. 21. §. 1 ib. und P. III. nr. CL. §. 43., wo von Gerechtigkeiten, welche von der Gemeinde [d. h. den Nachbarn] bewilligt wurden, die Rede ist). 5) Endlich aber schließt sie noch weniger den Besitz eines größern oder andern Rechts aus, noch ertheilt sie ein allgemeines Recht für jeden, selbst auch für denjenigen, der noch kein Recht besaß. Ueberhaupt scheint auch hier weniger irgend eine Beschränkung beabsichtigt zu seyn, als vielmehr nur ein Verbot, fremdes Vieh für Geld auf die Weide zu nehmen. — Das vorstehend Gesagte findet übrigens auch auf Cap. 20. §. 19 und Cap. 29. §. 14. Anwendung, wo den Servitutberechtigten nur subsidiarisch eine beschränkte Befugniß, Pferde auf die Weide zu senden, zugesichert worden ist. Uebrigens hatte die Pferdehütung noch die Eigenthümlichkeit in den früheren Zeiten, daß sie nur als eine Vergünstigung für den mit den Pferden zu leistenden Vorspann angesehen zu seyn scheint, welche daher, da diese Pflicht jetzt allgemein jedem, der Pferde hält, obliegt, mit der causa debendi hinwegfällt. Wenigstens ist man auf keine Weise berech-

beschränkenden Regel, daß jemand nicht mehr Vieh halten, keine andern Wirthschaftseinrichtungen vornehmen dürfe, oder nicht berechtigt sey, wie z. B. das Edict vom 17. November 1747 ausdrücklich gestattet, Rind-, Schwein-, Schaaf- und ander Vieh aufzukaufen, solches auf ihrer Weide fett gehen oder sonst mästen und aufziehen zu lassen, auch es sodann ihres Gefallens wieder zu verkaufen!? Selbst wenn diese, weniger Vieh haltenden Mitinteressenten in ihrem, aus dem Miteigenthume fließenden und durch dasselbe selbst erhaltenen Rechte durch Verjährung beschränkt werden sollten und könnten (L. R. I. 4. §. 504. 554. 570.); so würde solches ja nur durch ein gegen sie erworbenes **Untersagungsrecht** geschehen können (§. 507 ib.). Wo liegt ein solches darin, wenn jemand nicht beschränkt gewesen ist, mehr Vieh aufzutreiben, als er z. B. mit selbst gewonnenem Futter hätte durchwintern können. Auch selbst die Erlegung eines gewissen Weidegeldes pro Stück des aufzutreibenden Viehes, zur Bildung gemeinschaftlicher Ausgaben, berechtigt noch nicht, auf eine solche beschränkende Regel zu schließen, da ja vielmehr darin noch liegt, daß, wer mehr Vieh habe

---

tigt, daraus eine Folgerung zu ziehen, als wenn durch solche einzelnen Vorrechte (selbst wenn sie als solche sich ausweisen) das ursprünglich ganze Rechtsverhältniß abgeändert worden sey. Denn es kann auch sehr wohl statutarisch oder gesetzlich ein übrigens gemeinschaftlich verbleibendes Eigenthum Behufs des allgemeinen Vortheils (daß nämlich z. B. Einige Spanndienste leisten) noch eine andere Bestimmung angewiesen erhalten. Denn so wenig wie Miteigenthümer sich ihres Rechts am Miteigenthume begeben, wenn sie einen Theil der Nutzungen des Miteigenthums einem oder dem andern als salarium aussetzen, eben so wenig kann es auch demselben zum Präjudiz für ihren Antheil gereichen, wenn sie denen, die Spanndienste leisteten, die Weide, die eigentlich nur für anderes Vieh bestimmt war, für ihre Pferde mit zu benutzen erlaubten. (Das Recht der Taubenflucht ist übrigens kein Recht, welches ex jure condominio, sondern nur ein solches, welches ex jure servitutis zustehet. cf. m. Th. p. G. §. 26. Anmerk.) So lange überhaupt nicht eine förmliche Beschränkung für ein gewisses Maß rechtsgültig erworben war, konnte ja jeder seine Theilnahme erhöhen und resp. der eines jeden Andern gleich machen.

halten wollen, nur mehr Weidegeld zu erlegen gezwungen gewesen sey, dieses daher, so wie das Auftreiben, lediglich von eines Jeden Willkühr abhing. Die Zufälligkeit der stattgefundenen Ausübung kann daher mit Recht nach L. R. I. 17. §. 3 l. c. nicht als eine Norm angesehen werden. Schon wegen dieses Gesetzes zerfällt aber auch das argumentem ad hominem, als sey es nicht gewöhnlich, daß jemand mehr Vieh auf die gemeinschaftliche Weide treibe, als er mit selbst gewonnenem Futter durchzuwintern vermöge, in sein Nichts, da ja ein jeder, welcher auch nur einen Theil seines Rechts ausübt, sein ganzes Recht erhält (L. R. I. 9. §. 570.). Eben so wenig kann dabey ein zweytes argumentum ad hominem in Betracht kommen, daß, wenn z. B. Jeder so viel Vieh auftreiben wollte, als der größte Ackerbesitzer, die Weide nicht ausreichen würde, die letztern aber einmal schon seit langen Zeiten so viel Vieh hingetrieben hätten, mithin man ihnen auch den Anspruch darauf nicht entziehen könne. Indeß man unterscheide hier sehr wohl, ob denn die größern Ackerbesitzer jemals den kleinern Miteigenthümern, wegen eines ihnen vorgeblich zustehenden größern Rechts, das Recht zum Auftreiben einer größern oder gleich großen Anzahl Vieh als ihrem Rechte zuwider, bestritten, und diese sich dabey die zur Verjährung nöthige Zeit hindurch unter den übrigen Requisiten einer Verjährung beruhigt haben. Stehet dies Recht durch eine förmliche Verjährung fest (worüber indeß in m. Schr. üb. d. erwerb. Verjähr. §. 26—28. das Mehrere), dann ist obiger Einwand zu berücksichtigen, sonst nicht. Denn reichte die Weide nicht zu, so hätten die Interessenten, einer so gut als der andere, das Recht, auf verhältnißmäßige Reduction des Viehstandes oder der Behütung der gemeinschaftlichen Reviere anzutragen, und würde dann eben so gut im Zweifel nach §. 2 l. c. eine Reduction auf eine gleichmäßige Benutzung derselben haben Statt finden müssen. — Nicht ein durch Uebereinkunft bedingtes Ge-

wohnheitsrecht, sondern eine, besonders nachzuweisende, und daher durch alle Erfordernisse derselben zu begründende Verjährung würde daher alsdann hier in Betracht zu ziehen seyn. Hiervon, so wie über die Frage: ob und in wie weit dieselbe hier denkbar sey? indeß das Mehrere in m. Schr. über die erw. Verjährung.

§. 71.

β) auf stattgefundene sondernde Theilung der Nutzungen;

2) Anders verhält es sich dagegen, wenn die Nutzungen einer Sache wirklich nach einem gewissen sich gleichbleibenden festen Maßstabe seit längerer Zeit allen Interessenten bekannt, mit gegenseitiger Uebereinstimmung getheilt, und dabey förmlich nach diesem Maßstabe gesondert worden sind. Z. B. es sind einem jeden gewisse wechselnde Kabeln zugetheilt, worauf derselbe hat sein Vieh hintreiben, das Gras abschneiden können u. s. w., oder es ist gemeinschaftlich das Heu von dem Grundstücke genommen, und dann einem jeden, nach einem gewissen, sich gleich gebliebenen Maßstabe entweder die gewonnene Nutzung in natura, oder aber das dafür eingenommene Geld zugetheilt *). Alsdann ist unter Voraussetzung, daß diesem Theilungsmaßstabe nicht andere entgegenstehende Handlungen (cf. §. 68.) zuwiderlaufen, allerdings ein Theilungsmaßstab als Statut und resp. Gewohnheitsrecht gegeben. Denn eine solche sondernde Theilung der Nutzungen ist offenbar ganz verschieden von der Art, wie jemand das Vieh hingetrieben hat. In der erstern liegt eine stillschweigende Willenserklärung und Anerkennung eines als Norm dienenden Theilungsmaßstabes, dieser ist aber in der letztern nicht zu finden. — Nur von diesem Gesichtspuncte aus betrachtet, sind daher auch

*) Oder, was gleich und in den Gemeinden so häufig der Fall ist, das daraus gelösete Geld ist in die Gemeindecasse geflossen, wenn zu selbiger die Mitglieder gleichmäßig concurrirten.

Viehordnungen, sobald sie nicht als Urkunden, oder sonst als rechtsgültige Verträge weiter unten in Betracht kommen, als eine Norm zu betrachten, wonach die Theilnahmerechte zu beurtheilen sind. Denn auch sie sind dann ein, durch die Sonderungsregel selbst anerkannter Theilnahme-Maßstab. Die strengste Consequenz bey Verfolgung dieser Rechtsprincipien ist übrigens nicht allein dem strengen Rechte, sondern auch nach den factischen Verhältnissen vollkommen der Billigkeit angemessen, und führt mehr als irgend ein anderer Gesichtspunct zur Erleichterung der Separationen, sobald als man diese Norm, welche die etwa stattgefundene Sonderung der Nutzungen giebt, wie man solches muß, mit folgendem factischen Hauptgesichtspuncte in Verbindung setzt.

§. 72.

γ) auf die stattgefundene Theilung der Lasten;

3) Wenn man nämlich die Beyträge zu den Lasten vorzüglich ins Auge faßt, so verstehet es sich von selbst, daß hierbey nur solche Lasten in Betracht zu ziehen sind, welche die gemeinschaftliche Sache selbst betreffen, und daher auf diese fielen, und von den Miteigenthümern derselben (Mitgliedern **als solchen**) getragen wurden. Lasten daher, welche in einer andern Beziehung als Besitzer von sonstigen Grundstücken, oder aus besondern Verhältnissen getragen werden mußten, können nicht, weil sie bloß das besonders besessene alleinige Eigenthum eines jeden betreffen, mit denen verwechselt werden, zu welchen sie als Miteigenthümer eines gemeinschaftlichen Eigenthums oder als Genossen derselben Gerechtsame beytragen mußten. Hinsichtlich dieser letztern gilt der Grundsatz: secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda, l. c. d. 50. 17 (d. R. J.). Ueberhaupt wird bey allen Gemeinschaften, obschon die Vermuthung für Kopftheile spricht, in Ermangelung des vollständigen Erweises anderer Bestimmungen, nach dem

Maßstabe der Beyträge auch der Antheil an dem Gewinn und Verlust bestimmt (Thibaut l. c. §. 883. A. L. R. I. 17. §. 251.). Eben so müssen auch dieselben Grundsätze bey den gemeinschaftlichen Grundstücken gelten (cf. L. R. II. 7. §. 19., da auch die Corporationen Gesellschaften sind, §. 27. 28.). Diesem ganz entsprechend, hat daher auch das A. L. R. hinsichtlich der den Dorfgemeinden im ungetheilten Eigenthum zugehörigen Grundstücke ausdrücklich verordnet, daß, sobald nicht etwas anderes durch Verträge oder hergebrachte Gewohnheit festgesetzt ist, wobey es alsdann sein Bewenden haben soll (§. 31 l. c.), der Antheil an den Nutzungen für einen jeden nach dem Maßstabe, nach welchem die gemeinschaftlichen Lasten getragen werden, zu bestimmen sey (§. 29 l. c.). Dieser Maßstab, wonach sich durchgängig die bisherigen Rechtsverhältnisse regulirten, verdient auch die allervorzüglichste Beachtung. Denn durch gegenseitige Anerkennung dieses Maßstabes wird stillschweigend das Anrecht eines Jeden festgestellt. Auch wird man fast überall finden, daß da, wo eine sondernde Theilnahme durch Theilung der Nutzungen Statt fand, auch in facto nach demselben Maßstabe die Concurrenz zu den gemeinschaftlichen Lasten, welche diese Nutzungen betreffen, vertheilt ist. Hierdurch wird derjenige, welcher sich die Mühe nimmt, diese factischen Verhältnisse mehr als oberflächlich zu beleuchten, noch mehr die Ueberzeugung gewinnen, daß die obigen, auf die Natur der Societät gestützten Grundsätze von den Genossen selbst stets anerkannt und beachtet sind. Diese nach einem feststehenden Theilungsmaßstabe vertheilten und getragenen Lasten müssen indeß eben so auch für sich allein, wenn kein sondernder Theilungsmaßstab der Nutzungen feststand, oder, wie obgedacht, Verträge oder hergebrachte Gewohnheit nicht ein anderes bestimmen, den Theilungsgrund selbst abgeben. Ist nämlich alsdann dieser Lasten-Theilungsmaßstab, und daß selbiger als Regel feststand, ganz klar; so muß derselbe für sich

allein den entscheidenden Grundsatz nach den obigen Gesetzen abgeben, wonach die Antheile zu bestimmen sind. Findet sich indeß (wiewohl dieß nur selten der Fall seyn dürfte) ein solcher klarer Nachweis nicht, so muß im Zweifel die Vermuthung für die gleichen Antheile durchgreifen. Dieß letztere dürfte besonders der Fall seyn, wenn z. B. zu den Lasten, welche die Interessenten als Genossen gemeinsamer Gerechtsame entrichteten, diejenigen, welche Pferde hielten, Dienste mit dem Gespann, die andern aber mit der Hand leisteten. Hierdurch ward in der Regel nicht ein verschiedenes Theilnahmeverhältniß als Maßstab festgestellt, vielmehr hing solches nur vom Zufall des Pferdehaltens ab. Gewöhnlich wird übrigens auch hier das Sachverhältniß selbst die Hand zur Aufklärung bieten, indem da, wo nicht ein feststehender ungleicher Vertheilungsmaßstab Statt fand, Fälle genug aufzufinden seyn dürften, wo, sobald keine Spanndienste geleistet wurden, die Handnachbardienste unter den Mitgliedern gleich waren, oder aber wenn bloß die Nicht-Pferdehaltenden Handdienste verrichteten, diese letztern gewöhnlich verhältnißmäßig viel öfter vorkamen.

§. 73.

δ) wenn dabey der Maßstab für Nutzungen und Lasten verschieden ist;

4) Tritt indeß der gewiß höchst seltene Fall ein, daß die Theilung der bezogenen gesonderten Nutzungen nach einem andern Maßstabe und die Vertheilung der Lasten wieder nach einem andern Statt fand, so würde a) bey ermangelnder vollständiger Aufklärung über die wirkliche Existenz beider Maßstäbe die Präsumtion für die gleiche Theilnahme entscheiden (I. 17. §. 2.). b) Erhellet diese Existenz nur vollständig von dem einen Maßstabe, so muß dieser als Norm dienen. Denn er ist alsdann die allein erkennbare und als solche anerkannte Regel. c) Ist aber beider Existenz klar, so enscheidet derjenige Maßstab, welcher der gesetzlichen Präsumtion

der gleichen Theilnahme entspricht. Denn hier muß nothwendig diejenige Gewohnheit, welche dem Gesetze entspricht (L. R. I. 17. §. 2.), überwiegen, indem, **wenn** auch nach §. 3 ib. die Nutzungen nicht in Betracht kommen sollen, dieß sich nur auf den vorhergehenden §. 2. bezieht, nämlich nur **in so weit**, als durch die verschiedene Theilnahme das gleiche Theilnahmeverhältniß nicht aufgehoben werden soll, die Gewohnheit aber überhaupt einen Vorzug verdient (A. L. R. II. 7. §. 31.). d) Sollte dagegen der erwiesenermaßen stattgefundene Theilungsmaßstab der Lasten dem präsumtiven Theilnahmeverhältnisse entsprechen, so ist er um so unbedenklicher und allein durchgreifender, als er alsdann zwey gesetzliche Präsumtionen zur Seite hat (L. R. I. 17. §. 2. und L. R. II. 7. §. 29.). e) Stimmt keiner dieser Maßstäbe mit der gesetzlichen Präsumtion überein, so entscheidet der Maßstab für die Lasten (L. R. II. 7. §. 29.) *). Dieß auch

*) Bey den Lasten, welche die gemeinschaftlichen Grundstücke betreffen, muß man übrigens auch mehr auf den Hauptcharakter derselben sehen, als auf einzelne Abweichungen. Denn so wie z. B. mitunter zwar die Abgaben an Cantorat und Pfarre gleich seyn können, obschon einzelne Höfe oder Classen (ursprünglich vielleicht nur aus eigenem Antriebe) noch außerdem besondere Abgaben z. B. ein Mandel Stroh u. s. w. entrichten; eben so können auch einzelne Abnormitäten einen besondern Ursprung haben (z. B. durch besondere Ueberlassungen einzelner Grundstücke von Seiten der Gemeinheit an Einzelne für gewisse Leistungen), ohne daß dadurch gerade die Gleichheit der Lasten, welche den Hauptcharakter bildet, zu verkennen ist. Früher kamen übrigens die Weidereviere gewöhnlich bey der Contribution nicht in Betracht. Die von der westphälischen Regierung eingeführte Weidesteuer aber begründet keine Norm. Uebrigens stehen die Lasten, sofern sie nicht unverkennbar als eine Norm befolgt wurden, dem Maßstabe, der durch die gesonderten Nutzungen gegeben ward, nur deshalb nach, weil sie weniger eine permanente Vertheilung zur Folge haben, sondern vielmehr sich nicht selten nach den zufällig wechselnden bezogenen Nutzungen richten, welcher Wechsel, durch eine natürliche Billigkeit begründet, unmöglich als eine wirklich bleibende Norm angesehen werden kann, sobald es von den einzelnen Interessenten abhing, den Genuß und die demselben entsprechenden Lasten-Beyträge nach Belieben zu vermehren. Die Theilung der gesonderten **Nutzungen** erscheint in diesem Falle schon eher als eine **Regel**.

um so mehr, da derselbe doch offenbar nur aus Rücksicht des an der Gemeinheit nur zustehenden Antheils regulirt ist, und hinsichtlich der höhern Nutzungen, wegen der Präsumtion wider eine Löwengesellschaft, nur eine Anmaßung zu supponiren ist. Nur durch rechtsgültige Willenserklärungen, oder eine (hier gegen eine durch Moral und positive Gesetze [Thibaut §. 883. L. R. I. 17. §. 245. 246.] verbotene, mehr oder weniger vorhandene Löwengesellschaft anstoßende, mithin) abschaffende Gewohnheit, würde eine Abweichung hiervon, mithin ein solches Mißverständniß begründet werden können. Zur Begründung dieses letztern abschaffenden Gewohnheitsrechts wäre dann aber eine (zwischen Miteigenthümern unzulässige), mit allen Erfordernissen versehene Verjährung erforderlich. Namentlich würde dieselbe die durch die Moral- und Gesetzwidrigkeit der Löwengesellschaft erweckte Präsumtion des bösen Glaubens widerlegen, und zugleich auf das vollständigste gegen obige gesetzliche Rechtsgrundsätze die Feststellung anderer Antheile als Norm, nach welcher die Sonderung der Nutzungen, wie geschehen, festgestellt worden sey, nachweisen müssen. Dasselbe gilt, wenn die Vertheilung der Lasten von einer Präsumtion, oder von der Vertheilung der gesonderten Nutzungen, oder von beiden abweicht. Denn so lange nicht durch rechtsgültige Willenserklärungen oder durch Verjährung der eine oder der andere Theil daran verhindert war, konnte er noch immer darauf antragen, daß sich die Vertheilung anders regulire. In wie weit dabey die durch eine unvordenkliche Verjährung begründete Präsumtion Berücksichtigung verdiene, cf. m. R. U. I. S. 183 ff.

§. 74.

ε) wenn bey einzelnen Gegenständen obige Maßstäbe oder deren Verschiedenheit eintreten;

5) Wenn übrigens, wie dieß häufig der Fall ist, hinsichtlich der Nutzungen von dem einen gemeinschaftlichen Reviere ein abgesonderter Theilungsmaßstab Statt findet, oder beobachtet ist, bey den andern aber nicht; verstattet alsdann der, bey der gesonderten Theilung jener Nutzungen beobachtete Maßstab einen Schluß auf die Antheile an den andern Revieren? a) Sobald natürlich die Lastenvertheilung mit dieser Sonderung der Nutzungen übereinstimmt; so müssen allerdings diese beiden eine entscheidende Norm abgeben, da alsdann daraus zu folgern ist, daß die gesetzliche Richtschnur der Lasten auch durch Gewohnheitsrecht auf die Nutzungen angewendet ward. b) In Ermangelung eines feststehenden Theilungsmaßstabes, sowohl für die Lasten, als für die übrigen Nutzungen, muß man wenigstens aus dem einzelnen sondernden Theilungsmaßstabe, je nachdem er mehr oder weniger wiederholt ist, eine hiernach mehr oder weniger starke Vermuthung entnehmen, daß, wenn nicht besondere andere Gründe klar erhellen, jener Theilungsmaßstab wirklich als Regel für die zu theilende Gemeinheit angenommen worden ist *). Diese Vermuthung würde übrigens nur durch

*) Die Vermuthung, daß die Beobachtung eines Maßstabes bey einer Art der gesonderten Nutzungen eine allgemeine Norm für alle Gegenstände der Gemeinheit sey, muß offenbar dadurch bestärkt und sogar außer allen Zweifel gestellt werden, wenn z. B. das gemeinschaftliche Holz, welches auf den Weiderevieren wächst, oder sonst wuchs, zu gleichen Theilen oder überhaupt nach einem sich gleichbleibenden Maßstabe vertheilt ward, auch sobald sich wieder Holz als Gestripp ansetzt, oder sobald einzelne Weidereviere wieder geschont werden, gleichfalls bey der dadurch entstehenden Gras- oder Ackernutzung derselbe Maßstab eintritt. Insonderheit ist der Holzvertheilungsmaßstab sehr in Betracht zu ziehen. Denn gerade aus den Waldungen sind die meisten Weiden entstanden, mithin muß, sobald nicht ein bestimmter anderer Maaßstab späterhin hinsichtlich dieser Weidereviere erworben worden ist, nothwendig dieser ursprüngliche

den vollständigsten Beweis widerlegt werden können, sobald dieselbe von der gesetzlichen Präsumtion des gleichen Theilnahmerechts unterstützt wird. c) Weicht indeß gedachter Maßstab von dem übrigens feststehenden Theilungsmaßstabe für die Lasten, oder von dem für die andern Nutzungen, ab; so muß aus den jedesmaligen Umständen entnommen werden, in wie weit daraus zu folgern ist, daß sich das frühere Verhältniß geändert habe. Eine solche Veränderung der Rechte ist freylich nicht zu vermuthen, sondern dieselbe muß erwiesen werden. Für den letztern Fall würden dann die §. 73. gemachten Bemerkungen zur Anwendung kommen, wobey dann freylich die frühern oder anderweiten Theilungen viel dazu beytragen können und müssen, für den einen oder den andern Grundsatz den Ausschlag zu geben. d) Bey einer etwaigen Verschiedenheit der Vertheilungsmaßstäbe, welche etwa bey den Lasten unter sich Statt finden, muß endlich offenbar der Gesichtspunct festgehalten wer-

---

Maßstab, welcher bey dem Holze Statt fand, zur Norm dienen. Denn in der bloß zufälligen unbestimmten Hütungsnutzung kann unmöglich die Feststellung einer entgegengesetzten Norm erkannt werden, sobald niemand durch eine Zwangsverbindlichkeit auf eine bestimmte Viehart oder Anzahl dergestalt beschränkt war, daß er durchaus nicht mehr, als diese halten durfte. Noch weniger aber ist hierin eine solche Norm zu erkennen, wenn sogar jedesmal, sobald eine sondernde Theilung Statt fand, der für die gesonderten oder zu sondernden Nutzungen anderer gemeinschaftlichen Reviere eintretende Maßstab als leitende Norm anerkannt und wiederholt wurde. Denn offenbar geben dadurch die Interessenten zu erkennen, daß dieß die Norm sey, welche bey Theilungen Statt finden müsse. Man wird auch hierin durchaus alle die obigen Merkmale eines Gewohnheitsrechts oder Satuts vorfinden. Denn daß bloß ausnahmsweise ein bey jeder gesonderten Theilung bisher zur Anwendung gebrachter Maßstab Statt fand, läßt sich doch wahrlich! vernünftigerweise nicht denken, noch weniger aber spricht dafür irgend eine gesetzliche Vermuthung. Wie wollte man wohl auch im Stande seyn, auf andere Weise ein Statut oder Gewohnheitsrecht (das aus seiner uralten Entstehungs- und Bildungsweise keine Pergamente mitgebracht hat) zu erkennen, wenn man nicht obige, in einzelnen vorhergegangenen Fällen beobachtete Norm dafür annehmen wollte? —

den, vor allen Dingen zu prüfen, ob und welche Lasten die Interessenten, als Staatsbürger, für ihre Person, oder privatives Eigenthum, oder aber in wie weit sie die Gemeinheit, d. h. die gemeinschaftlichen Reviere, betreffen. Nur diese letztern können dabey, wie schon gedacht, in Betracht kommen, und sind daher die im L. R. II. 7. §. 37. aufgeführten nachbarlichen Lasten in dieser Beziehung besonders in jedem einzelnen Falle zu sondern. Denn da bey denselben keinesweges der doch durchaus nothwendige Unterschied zwischen solchen Lasten darunter, welche Alle gleich treffen, und solchen, welche Einzelne weniger oder gar nicht angehen, gemacht ist, sondern dieserhalb auf jedes Orts Gewohnheit verwiesen wird (§. 39.); so ist es durchaus nöthig, erst vor allen Dingen in jedem betreffenden Falle das Beziehungsverhältniß jedes einzelnen Interessenten zu diesen Lasten und resp. zu der Gemeinheit hervorzusuchen, und zu prüfen, welche von den vorgekommenen Lasten das gemeinschaftliche Interesse, d. h. das gemeinschaftliche Vermögen betrafen. Zur Beurtheilung dieses Verhältnisses ist aber jene Unterscheidung um so nöthiger (Merkel ad II. 7. §. 37. nr. 2.), als ja die sich so sehr verschiedentlich gestalteten privativen Eigenthumsverhältnisse auch besondere Rücksichten erforderten, welche von denen, so die Gemeinheit und somit ein gleiches Interesse betrafen, nothwendig verschieden seyn müssen. Durch Vergleichung dieser doppelten Rücksichten wird sich übrigens zugleich auch sehr leicht ergeben, ob hinsichtlich der, die Gemeinheit betreffenden Lasten ein fester Vertheilungsmaßstab Statt fand, oder nicht.

§. 75.

6) Endlich kann auch sehr wohl der Fall eintreten, daß zwischen einzelnen Classen Verhältnisse durch Gewohnheit feststehen, zwischen andern nicht. Alsdann

6) wenn die Maßstäbe unter den einzelnen Classen

der Interessenten verschieden sind. muß jede Gewohnheit für sich nach dem Objigen beleuchtet werden (L. R. II. 7. §. 31.). Dieß ist besonders wichtig, hinsichtlich des Gesichtspuncts, daß diejenigen, welche nicht Mitglieder einer Gemeinde sind, nicht als Mitglied, sondern ex jure servitutis nur ein Benutzungsrecht an der für sie fremden Sache haben. Uebrigens kann hin und wieder auch selbst zwischen den Miteigenthümern und den bloßen Servitutberechtigten durch Gewohnheit und Statuten ein Verhältniß als Norm begründet seyn. Ob und in wie weit solches der Fall ist, würde ebenfalls nach den oben entwickelten Grundsätzen beurtheilt werden müssen.

§. 76.

ee) Allgemeiner Grundsatz. Wenn man auf obgedachte Weise sich die Mühe giebt, die Rechtsverhältnisse in jedem betreffenden Falle zu prüfen; so wird man sehr leicht im Stande seyn, zu beurtheilen, ob und in wie weit 1) die gesetzlich zu präsumirende Gleichheit der Antheile an dem gemeinschaftlichen Eigenthume fortdauernd sich als Maßstab erhalten hat, 2) oder in wie weit ein neuer idealer Maßstab durch Statut und resp. Gewohnheit gebildet ist, 3) oder aber, ob zwar klar erhellet, daß das ursprüngliche historisch-gesetzliche Verhältniß sich aufgelöset hat, dagegen aber kein fester, sich gleich bleibender anderweiter idealer Maßstab begründet ist, sondern statutarisch die Theilnahme eines jeden Mitgliedes nach seinem jedesmaligen Grundbesitz constituirt wurde. Daß auch letzteres Verhältniß sich statutarisch bilden könne, leidet wohl keinen Zweifel, da dieß ganz verschieden von einer unzulässigen Servituterwerbung des Miteigenthümers am Miteigenthume und von der eben so ungesetzlichen präsumtiven Pertinenz-Qualität ist. Denn durch Uebereinkunft läßt sich ein solches Regulativ sehr wohl rechtlich begründen. Indeß abgesehen davon, daß natürlich die oben §. 68. entwickel-

ten Requisite eines solchen Statuts, Gewohnheit, Herkommen) streng vorhanden seyn und nachgewiesen werden müssen, bevor eine rechtsbeständige Existenz desselben angenommen werden kann; so muß doch auch schon aus andern factischen Gründen auf die Führung dieses Nachweises aufs strengste gehalten werden. Denn auf den Dörfern waren früher in der Regel die Wandeläcker höchst selten. Wenn daher sich statutarisch nach dem Grundbesitz ein Verhältniß regulirte, so dürfte dieß viel eher nach den Höfen der Fall gewesen seyn. — Denn theils kam erst in neuern Zeiten so genau das Ertrags- und Nutzungsverhältniß in Betracht, theils aber lag es auch in der Natur der Sache, daß jede Vertheilung der Lasten und Nutzungen viel eher nach einem — sich dieserhalb auch meistentheils vorfindenden — idealen Maßstabe strebte. In den Städten würde dagegen namentlich eine solche statutarische Annahme die Schwierigkeit haben, daß die Uebereinstimmung der sämmtlichen Mitglieder noch viel schwerer oder gar nicht nachzuweisen seyn dürfte. Noch eher hat sich nach dem Contributionsfuße ein solches statutarisches Theilnahmeverhältniß gebildet, daher auch da, wo die Interessenten darauf provociren, nicht selten es bey näherer Prüfung sich ausweisen wird, daß wirklich dieses sich mitunter zu einem statutarischen Maßstabe erhob. Indeß auch hier ist mit der größten Vorsicht die Frage zu erörtern, ob wirklich die Requisite des §. 68. vorhanden sind? So viel ist indeß bey allen dergleichen abändernden statutarischen Feststellungen in der Natur der Sache begründet, daß, wenn deren rechtsbeständige Existenz wirklich ermittelt ist, stets nicht allein durch deren Befolgung Recht geübt, sondern auch das ganze Geschäft im höchsten Grade erleichtert und vereinfacht wird. Denn man wird auf diesem Wege entweder einen idealen Maßstab oder wenigstens einen diesem ähnlichen festen Berechnungsfuß gewinnen, so daß man alsdann bey den

zu theilenden Gemeinschaften nur höchst selten oder nie zu der höchst schwierigen Ermittelung des Bedarfs oder der Durchwinterung seine Zuflucht zu nehmen gezwungen ist. Ein mehrfacher Gewinn daher für Wahrheit, Recht und Beförderung des Guten durch Ersparung von Weitläufigkeiten und Kosten! —

§. 77.

b) Rechtsbeständige Willenserklärungen.

Unter rechtsbeständigen Willenserklärungen sind natürlich alle diejenigen sowohl unter Lebenden, als auf den Todesfall zu verstehen, welche nach den Gesetzen, unter deren Herrschaft sie geschlossen, für rechtsbeständig erachtet werden können. Dieselben müssen, soweit solches überhaupt gesetzlich zulässig, als prima lex inter partes angesehen werden. Jedoch finden auch sie ihren letzten Stützpunct nur allein im Gesetz und können daher auch nur im Zweifel aus und nach demselben ihre Aufklärung erhalten (L. R. I. 4. §. 73.). Ueberall wird man daher auf die Nothwendigkeit geführt, die Vorschriften der allgemeinen Landesgesetze streng und vollständig zu beobachten. Es wird daher in jeder Beziehung das A. L. R. als die letzte Quelle für die Beurtheilung der Rechte genannt, die aber eben um deshalb auch überall (in Verbindung, wie wir §. 60. gesehen, mit dem gemeinen Rechte) als leitende Norm dienen muß. Auch kann derselben nach §. 5. nur in so weit durch diese G. Th. O. derogirt werden, als in der letztern eine specielle Abänderung oder Ergänzung sich vorfindet. Die letztern sind aber eben deshalb streng zu erklären, und nichts weniger als auf ganz unzweifelhafte Ergänzungen oder Abänderungen auszudehnen.

§. 78.

§. 32. Wenn solchergestalt bey gemeinschaftlichen Hütungen die Theilnehmungsrechte selbst feststehen,

dahingegen aber das Maß und Verhältniß der Theilnahme eines jeden einzelnen Interessenten nicht durch Urkunden, Judicate oder Statuten bestimmt ist, so soll dieses Maß und Verhältniß in der Regel nach dem Besitzstande in den letzten, der Einleitung der Theilung vorhergegangenen Zehn Jahren festgestellt werden.

§. 79.

Subsidiarische Natur dieser und der nachfolgenden Bestimmungen. a) Im allgemeinen.

„Wenn solchergestalt" sagt das Gesetz; also nur, wenn nicht auf die oben entwickelte Art ein Rechtsverhältniß ermittelt werden kann, sollen daher diese und die folgenden Bestimmungen subsidiarisch eintreten *). Sie gelten daher nur in Ermangelung der rechtsbeständigen Willenserklärungen der statutarischen oder Provinzial-Rechte, und auch nur in Ermangelung der Vorschriften des A. L. R. Denn das letztere ist, wie wir oben sahen, die letzte und wichtigste Quelle, nach welcher sich alle übrigen reguliren. Sie ist auch in §. 31. der G. Th. O. ausdrücklich als diejenige genannt, nach welcher die Rechtsverhältnisse beurtheilt werden sollen (§. 5.). Wenn hier anscheinend zwischen Theilnehmungs-Rechten und dem Maß und Verhältniß der Theilnahme unterschieden wird; so löset sich jeder anscheinende Zweifel sehr leicht, wenn man streng, wie man muß, zwischen dem Rechte selbst und dessen Beweise, so wie zwischen einem begrenzten Rechte und einem unbegrenzten Rechte

---

*) Die Lüneb. G. Th. O. §. 56. läßt übrigens auch nur den Viehstand und die Durchwinterung oder überhaupt ihre 4. Theilungsmaßstäbe subsidiarisch dann eintreten, wenn nicht ein Anderes auf Grund der Berechtigungen klar gemacht werden kann (cf. Hagemanns pract. Erört. B. 6. Erört. 1.). Der Wunsch, Mißverhältnisse, Zweifel und Streitigkeiten hierbey durch Beschlüsse der in Gemeinschaft stehenden Berechtigten zu heben (§. 57 ib.), dürfte übrigens bey seiner Ausführung wohl große Bedenklichkeiten haben.

unterscheidet. Denn in der Ermittelung des Rechts selbst liegt schon der Umfang desselben. Man versuche doch die Erörterungen über die Servitute (cf. m. Th. p. G. §. 87 — 126.) nur in dem einzigen Puncte practisch zu verfolgen, und man wird finden, daß, ohne zugleich auch das Maß und Verhältniß selbst zu ermitteln und eben dadurch erst das Recht selbst zu erforschen und festzustellen, durchaus gar keine Rechtsprüfung möglich ist. Das Maß und der Umfang geben erst das Recht selbst. Dagegen aber tritt bisweilen der Fall ein, wo ein Recht als unbegrenzt erscheint, oder mit andern Worten, wo erwiesen wird, daß das Recht denjenigen gesetzlichen Umfang hat, der nur in dem Bedarfe eines Grundstücks seine Begrenzung findet (cf. m. Th. p. G. §. 101 — 107.), d. h. also, um mit den Worten des vorstehenden §. zu reden, wo „das Maß und Verhältniß der Theilnahme nicht bestimmt ist.“ Für diesen Fall bedarf es daher subsidiarischer Grundsätze.

§. 80.

b) Bestätigung des obigen Satzes durch die Discussionen, welche der G. Th. O. vorhergingen.

Oder, um mit dem Bericht des Cammergerichts vom 9. April 1792 zu reden: „Wenn Verträge, Observanzen *), Provinzialverfassungen zu rechtsbeständiger Verjährung, oder andere gesetzliche Dispositionen, weder das Recht der Theilnahme an dem gemeinschaftlichen Hütungsreviere festsetzen, noch auch die Arten und Häupterzahl des auf die Gemeindeweide zu bringenden Viehes bestimmen. Nur in dem Falle, wenn solche Bestimmungen gar nicht, oder doch nur unvollständig und mangelhaft vorhanden sind, kommt es auf Ausfindung eines auf Recht und Billigkeit

*) Man beachte, daß hier das Wort „Observanzen“ für „Statuten“ gebraucht wird, und unter den unzähligen dabey in Betracht kommenden Gesetzen insonderheit die über Verjährung hervorgehoben werden. cf. §. 93 ff.

gegründeten Hülfsgrundsatzes an." — Diesen (um den sich auch nur allein alle frühern Berichte dreheten) aufzustellen, war daher nur Zweck dieser sich selbst als subsidiarisch bezeichnenden Bestimmung. Dieselbe könnte daher nur in Verbindung mit §. 33 u. 34. der G. Th. O. bey einer oberflächlichen Ansicht zu der Idee führen, als wenn der zehnjährige Besitz oder die mögliche Durchwinterung ein Theilnehmungsrecht selbst ertheilten. Dieß ist indeß keinesweges die Absicht dieser Bestimmung und konnte es auch nicht seyn. Ohne die größte Ungerechtigkeit und Unbeachtung früherer Rechtsverhältnisse, welche sie in §. 30. ausdrücklich einer besondern genauen Erörterung überweiset, hätte die G. Th. O. nicht Rechte selbst feststellen können. Dringend nothwendig war aber ein subsidiarischer Grundsatz, für den Fall, daß der Umfang des Rechtsverhältnisses selbst nicht zu ermitteln stand. Diesen aufzufinden und auszusprechen, war das hohe Ziel dieser Theilungsordnung, indem, wenn factische Verhältnisse und Gesetze im Stich ließen, doch ein billiger Ausweg aufgefunden werden mußte, wodurch die Auseinandersetzung eines total verdunkelten Verhältnisses möglich wird.

§. 81.

Fortsetzung.

Diese Nothwendigkeit hatte sich in praxi besonders bey den Servituten gezeigt. Obschon die gesetzliche Begrenzung derselben in Ermangelung anderer Bestimmungen durch den Bedarf gegeben war, und dieser sich sehr wohl, (obschon nur nach den in m. Th. p. G. §. 107. aufgestellten allgemeinen Principien) feststellen ließ; so mochte doch bey Redaction des A. L. R. die Besorgniß vorgewaltet haben, daß der Begriff des Bedarfs zu schwankend sey. Anstatt nun demselben durch Normen, welche aus dem Wesen der Rechtsverhältnisse selbst entnommen sind (cf. §. 101 — 107 ib.), eine festere Richtung zu geben, hatte das A. L. R. I. 22.

§. 90. für diesen Fall den Durchwinterungsmaßstab zur Norm erhoben. Dieser fand aber nicht allein viele Schwierigkeiten in der Ausführung, sondern es standen ihm auch sehr bedeutende rechtliche Bedenken entgegen (cf. m. Th. p. G. §. 12. 24 ff.). Nämlich Servituten konnten sich nur in dubio auf den Bedarf beschränken, für den sie erworben waren. Diesen Umständen, verbunden mit den Schwierigkeiten der Ausmittelung der Durchwinterung, suchte man auszuweichen. Deshalb verordnete das Rescript vom 23. Januar 1795, daß man vor allen Dingen in Ermangelung eines festen Rechtsverhältnisses sich Mühe geben solle, den actuellen Viehstand der letzten Jahre zu ermitteln, und die Interessenten dahin zu vereinigen, daß sie denselben bey der Separation zum Grunde legen möchten. Hierdurch hoffte man vielen Schwierigkeiten vorzubeugen. „Es wird aber zugleich — fährt das Rescript fort — einer Unbilligkeit vorgebeugt, die bey der Concurrenz solcher Besitzungen, die mit ansehnlichen Wiesenpertinenzien versehen sind, von denen, welche dergleichen nicht haben, alsdann unvermeidlich ist, wenn bloß auf den Futtergewinnst gesehen wird. Güter und Besitzungen der letztern Art, deren es in der Churmark sehr viele giebt, müssen durchaus einen stärkern Viehstand halten, als sie mit selbst gewonnenem Futter durchwintern können, um nur eine mäßige Düngung ihrer Aecker möglich zu machen. Sie ersetzen daher den eigenen Mangel durch Ankauf, haben vermittelst des letztern seit undenklichen Zeiten einen stärkern Viehstand gehalten, als sie durchwintern können; haben damit beständig ein gemeinschaftliches Hütungsrevier betrieben, und würden, wenn bey der Separation der Durchwinterungsfuß allein zum Maßstab genommen werden sollte, offenbar wider Billigkeit und Besitz zurückgesetzt. Auch die Landesökonomie läuft in dergleichen Fällen oft Gefahr. Es folgt nicht, daß ein Gut mit Nutzen so viel Vieh mehr halten kann, als das andere würde weniger halten müs-

sen, wenn es wegen einer, nach dem Durchwinterungsfuße zum Grunde gelegten Separation eines gemeinschaftlichen Hütungsreviers von demselben einen zu kleinen Theil bekäme. Dergleichen reichlich mit Wiesewachs versehene Güter halten bereits so viel Vieh, als die zweckmäßige Bedingung ihrer Aecker erfordert. Dagegen würden die daran Mangel Leidenden in den Fall gerathen, ihren Viehstand vermindern zu müssen, und dadurch ihre Aecker ganz außer Cultur setzen." Wenn indeß eine solche, die Billigkeit herbeyführende und die Schwierigkeiten vermindernde Vereinigung nicht möglich sey; so bliebe nichts anders übrig, als den Durchwinterungsmaßstab zum Grunde zu legen, weil einmal dieser vom Gesetze für diesen Fall als äußerster Hülfsgrundsatz ausgesprochen sey. Man sieht daher hieraus, daß die Absicht offenbar dahin ging, selbst da, wo ein bestimmter Umfang eines Rechtsverhältnisses durchaus nicht nach den Gesetzen zu ermitteln war, dennoch so viel als nur möglich den allgemeinen rechtlichen Grundsätzen entsprechend, die subsidiarischen Verfügungen zur factischen und rechtlichen Wahrheit hinzuleiten. Es sprach sich daher selbst schon hierin das Bestreben aus, wo es nur einigermaßen möglich, das wahre Rechtsverhältniß zu ermitteln.

§. 82.

c) Bestätigung dieser subsidiaren Natur durch die Parallele mit dem A. L. R.

Der vorliegende §. der G. Th. O. ist weiter nichts, als die Erhebung dieser vorgeschlagenen und zur Anwendung gebrachten Hülfsgrundsätze zum Gesetz. Er entspricht vollkommen den ebengedachten Ansichten. Daher kommt es auch, daß dieser und die folgenden Paragraphen weniger den Fall eines gemeinschaftlichen Eigenthums und dessen Theilung vor Augen haben, sondern mehr die Hütungsgerechtigkeiten auf den Grundstücken eines

Andern beachten. Von diesen ist daher eigentlich hier nur die Rede, überall aber nur von demjenigen Falle, wo der Umfang der Hütungsgerechtigkeit für den Besitzer eines berechtigten Grundstücks auf keine Weise bestimmt, und daher als unbeschränkt anzunehmen ist. Von diesem Falle redet auch nur L. R. I. 22. §. 90 ff. und von ihm daher auch nur die §. 32. 33. 34 ff. dieser G. Th. O. Man thut ihr deshalb sehr Unrecht, wenn man glaubt, daß sie einen so zufälligen Maßstab für das Recht selbst, gegen die bisherigen Gesetze, hätte bestimmen wollen. Dieß ist nirgends geschehen, sondern die Absicht war nur, wie schon gedacht, subsidiarische Grundsätze festzustellen, wodurch auch selbst bey einer, solchergestalt als unbeschränkt ermittelten Hütungsgerechtigkeit, die Abfindung des berechtigten Grundstücks bewerkstelligt werden könne. Dieß war ein Gegenstand der G. Th. O. Diese von ihr dabey angenommenen Grundsätze sind auch ihrem Wesen nach vollkommen den Bestimmungen des A. L. R. I. 225. 90 ff., auf welche sie sich beziehen, entsprechend, und enthalten nur einige, nicht einmal das Wesen abändernde Erläuterungen, welche die Ausführung der Theilung selbst nöthig machten. Daß man dabey (d. h. also bey der Unbestimmtheit eines hierdurch unbeschränkten Rechts) zur Vermeidung einer weitläufigen Durchwinterungsberechnung (als durch welche im schlimmsten Fall auch selbst das unbeschränkteste Recht bedingt und begrenzt ist) den zehnjährigen Besitzstand an die Stelle dieser Durchwinterung zuvörderst versucht, ist bloß eine Vereinigung des §. 90. l. c. mit allgemeinen Rechts- und Billigkeitsprincipien, zugleich aber eine abgekürzte Durchwinterungsberechnung selbst in den meisten Fällen. Analogisch finden übrigens diese subsidiarischen Grundsätze beym gemeinschaftlichen Eigenthume nur da Statt, wo, wie in §. 76. bemerkt, statutarisch sich die Antheile nach dem Wirthschaftsbedarfe gestaltet haben.

§. 83.

b) Beweismittel für die Fälle, wo diese subsidiairen Bestimmungen eintreten. aa) Im allgemeinen.

Daß derjenige, welcher behauptet, sein Recht habe einen unbestimmten Umfang oder es sey unbeschränkt, den Beweis führen müsse, ist unbedenklich (cf. m. Th. p. G. §. 99. 100.). Daß ihm zur Führung dieses Beweises sämmtliche gewöhnliche Beweismittel zu Gebote stehen müssen, liegt schon in dem Begriff der Beweisführung selbst. Zugleich sahen wir aber auch (§. 44.), wie gewöhnlich nur bey der unbestimmten Fassung einer schriftlichen Urkunde, worin eine unbeschränkte Servitut ohne Maß und Verhältniß der Theilnahme bestellt ist (oder bey Statuten, wo ähnliche Stipulationen Statt fanden), der Fall eintritt, der einen solchen Hülfsgrundsatz nöthig macht. Man könnte sich daher leicht dadurch verleiten lassen, zu glauben, daß derjenige, welcher ein unbestimmtes (uneingeschränktes) Recht in Anspruch nimmt, sich deshalb auch nur schriftlicher Beweismittel bedienen dürfe. Indeß dieß würde allgemeinen Rechtsprincipien offenbar zuwider seyn. Noch unrichtiger wäre es aber, wenn man überall die Feststellung und Ermittelung des Rechts selbst auf dergleichen schriftliche Urkunden und Judicate oder Statuten beschränken wollte. Man würde dadurch 1) jede freye Rechtserörterung der bestandenen Rechtsverhältnisse gegen die bisherigen Gesetze verkürzen (cf. §. 5.); 2) sobald eine Spur von Gerechtigkeit nicht in Abrede gestellt werden kann, gleich demjenigen, dem auch nur die geringfügigste Spur von einem Rechte zugestanden wird, gegen alles Recht und Billigkeit (cf. m. Th. p. G. §. 86. 91 — 93. 99. 100.) eine Gerechtigkeit im vollsten gesetzlichen Umfange in die Hände spielen, und um die Ungerechtigkeit zu vollenden, sogar noch 3) den andern Theil, dem man durch obige Verfahrungsweise schon ohnehin den Beweis einer Negative aufbürdete (!), sogar noch auf einen Beweis dieser Negative durch einzelne wenige — ge-

wöhnlich bey diesen Verhältnißen gar nicht einmal zu habende — Beweismittel beschränken! —

§. 84.

bb) Urkunden.

Aber auch selbst die Buchstaben sprechen nicht einmal für eine solche rechtswidrige Deutung! — Was das Gesetz hier unter Urkunde verstehe, ist zwar nicht speciell angegeben. Indeß daß darunter unmöglich bloß schriftliche Beweisstücke gemeint seyn können, ergiebt sich schon daraus, daß es ja auch noch andere Erwerbungsarten und Feststellungen von Rechten gab, als durch schriftliche Aufsätze. Ja nach dem, vor dem A. L. R. stattgehabten gemeinen Recht, woraus sich ja die bey weitem meisten Rechtsverhältnisse originiren, war eben so wenig als nach dem Cod. Nap. eine schriftliche Abfassung unbedingtes Erforderniß zur Gültigkeit einer Willenserklärung. Selbst das A. L. R. hat die schriftliche Abfassung nicht einmal überall zur conditio sine qua non gemacht, und noch weniger, wenn demjenigen, welcher ein Recht behauptete, nicht einmal schriftliche Beweismittel zu Gebote standen, den Gegentheil bey seinem Gegenbeweise darauf beschränkt! — Auch dient ja gerade eben zur Ergänzung dieses Mangels die Verjährung! — Man muß daher wohl den Ausdruck Urkunde in seiner Allgemeinheit nehmen, in welcher er alle leblosen Gegenstände, welche Spuren menschlicher Thätigkeit an sich tragen (Martin Lehrbuch des gemeinen bürgerlichen Processes §. 194.), bezeichnet. Auf jeden Fall aber darf man diesen ganzen §. 31. d. G. Th. O. nicht auf einzelne wenige zufällig genannte Arten, wie Rechtsverhältnisse gebildet und ermittelt werden können, beschränken. Vielmehr muß man denselben nur als eine summarische Wiederholung des unmittelbar vorhergegangenen als Norm dienenden §. 31. betrachten, und ihn bloß so verstehen, daß, wenn überhaupt es durchaus nicht möglich ist, das Maß und Verhältniß der

Theilnahme zu ermitteln, so soll u. s. w. Wollte man dieß nicht thun, in welche unabsehbaren Widersprüche und Ungerechtigkeiten würde man sich dann verwickeln! Z. B. nach L. R. l. 17. §. 373. kann das Recht auf Wiederherstellung verdunkelter und ungewiß gewordener Grenzen durch keine Verjährung erlöschen. Gewöhnlich findet sich aber über diese Grenzen kein schriftlicher Nachweis, sondern bloß Grenz-Steine, Grenz-Reine, Grenz-Linien, Zeugen u. s. w., und sehr häufig ist ein künstlicher Beweis zur Aufklärung nöthig. Sollten nun wohl diese allgemeinen Beweismittel ausgeschlossen seyn, wenn im Allgemeinen z. B. ein Aufhütungsrecht dem einen oder dem andern Theile wirklich hat eingeräumt werden müssen, indeß über den Umfang desselben ein Streit entsteht, der eine Aufklärung der Grenzen nothwendig macht? Auch diese Aufklärung gehört zur Prüfung des Umfangs (oder, was gleich ist, des Maßes und Verhältnisses der Theilnahme an einem Weidereviere); soll sie hinwegfallen? — Wollte man aber bey diesem grellen Beyspiele willkührlich eine Ausnahme zu Gunsten des frühern Gesetzes machen, warum sollen nicht alle übrigen Gesetze eben so gut ihre Beachtung verdienen? Warum soll z. B. es dem Besitzer des servitutpflichtigen Grundstücks nicht eben so gut freystehen, zu verlangen, daß derjenige, welcher behauptet, ein Recht zu besitzen, des Andern Rechte einzuschränken, vollständigen Beweis darüber führe? — Oder warum soll er nicht durch Führung des Gegenbeweises durch Zeugen oder auf andere Art beweisen können, daß der Berechtigte nur z. B. einige oder ein paar Tage in der Woche mit so und so viel Stück Vieh habe auf die Weide treiben dürfen, und wenn derselbe in der neuern Zeit, z. B. seit zehn Jahren, mehr oder öfter hingetrieben, solches heimlich und ohne sein Wissen geschehen sey?

§. 85.

cc) Judicate. Judicate sprechen überall nur die Anwendung der die Rechtsverhältnisse bestimmenden Gesetze für einen bestimmten Fall aus. Sollte es hier anders seyn? Sind hier solche Judicate in Betracht zu ziehen, welche früher vor der Separation ergingen, oder sind überhaupt alle Judicate darunter zu verstehen, ohne Rücksicht, ob sie vor, während oder bey Gelegenheit der Separation die Rechte hinsichtlich der einzelnen Puncte feststellen? Oder mit andern Worten: sollen nicht eben so gut die einzelnen Puncte über den Umfang eines Theilnahmerechts erst judicatmäßig nach den Landesgesetzen festgestellt werden? Daß dergleichen Judicate erfolgen können und müssen, wird überall eingeräumt. Indeß, sollen dann bey diesen Judicaten andere Gesetze gelten, als bey andern rechtlichen Entscheidungen? Schon an und für sich würde dieß zu den größten Inconsequenzen führen. Denn warum soll derjenige, dessen Recht so klar nach den bisherigen Gesetzen war, daß sein Gegner gar keinen Proceß anzufangen wagte, warum soll dieser gegen diesen Gegner jetzt schlimmer daran seyn, als gegen einen andern, der vielleicht ganz in demselben Verhältnisse zu ihm stand, das klare Recht aber nicht einsehen wollte, und daher veranlaßte, daß es judicatmäßig den klaren Gesetzen gemäß festgestellt ward?! (cf. §. 5.). Dieser Ausdruck, in Verbindung mit dem §. 31. der G. Th. O., welcher die Gesetze angiebt (§. 5.), die bey den Entscheidungen zur Norm dienen sollen, kann daher nur so zu verstehen seyn, daß so viel als nur möglich erst rechtskräftig der Umfang eines jeden Rechts festgestellt werde, und diese Feststellung alsdann zur Norm dienen müsse, wogegen aber, wenn judicatmäßig der Umfang nicht auf ein gewisses Maß bestimmt werden kann, sondern derselbe hierdurch als unbeschränkt feststehet, die subsidiarischen Bestimmungen eintreten sollen.

§. 86.

Die Statuten endlich sind schon §. 63 —78. entwickelt, und führen diese schon von selbst auf die Zulässigkeit jeder Art von Beweismittel. Denn da, wie wir eben sahen, dieselben nicht auf schriftliche Abfassung beschränkt sind, sondern sogar mit Gewohnheitsrecht identisch sind; so ist die Nothwendigkeit von selbst klar, daß jede Art von gesetzlicher Beweisführung den Parteien unbenommen bleiben muß. Eine Bestätigung mehr für die Nothwendigkeit der freyen gesetzlichen Rechtserörterung! — Diese Prüfung des Sachverhältnisses erheischt auch der Ausdruck „Ortsverfassung" welchen §. 41. der G. Th. O. gebraucht, indem sie dadurch selbst die Identität desselben mit Statut noch mehr bestätigt. Denn da sogar bey den Städten (wo sich auch eher schriftliche Willkören vorfinden, als hinsichtlich der Bauerkören in den Dörfern) die Ortsverfassnng mit Statut, weil §. 31. und §. 41. der G. Th. O. offenbar mit einander correspondiren, zusammengestellt wird; so rechtfertigt sich eben hierdurch die oben in §. 63 — 69. entwickelte Theorie nur noch mehr. Ja der Ausdruck „Ortsverfassung" weiset ausdrücklich auf die Entstehungsweise der Genossenschaften und die ursprüngliche Genossenverbindung hin, indem sich auf die hierdurch gegebenen und resp. erhaltenen Rechte nur allein die Ortsverfassung gründet, mithin nur die factische Socialverbindung, nicht aber ein Pergamentstück, die Rechtsquelle darbietet. (cf. über die Bildung der Genossenschaften meine Th. p. G. §. 59 ff.)

dd) Statuten.

§. 57.

§. 33. Dieser Besitzstand wird nach der Zahl des Viehes, nach der Art desselben, und nach den Zeiträumen, mit und in welchen jährlich jeder Theilnehmer die Hütung ausgeübt hat, dergestalt berechnet, daß dabey der Durchschnitt aller drey Sätze aus den vorgedachten

Zehn Jahren zum Grunde gelegt wird. Es werden jedoch dabey

a) die Viehzahl verarmter oder durch Unglücksfälle betroffener Mitglieder bis zu der Mittelzahl erhöhet, die andere seiner Classe gewöhnlich gehalten haben, und bis zu eben dieser Zahl der Viehstand derjenigen vermindert, welche denselben darüber hinaus erweitert haben; und

b) Unglücksjahre, in welchen durch Seuchen, Krieg u. s. w. der Viehstand vermindert worden, übergangen, und dafür die unmittelbar vorhergehenden frühern Jahre zur Berechnung gezogen.

§. 88.

e) Bestätigung der obigen Theorie durch die G. Th. O. selbst, nam. durch die sonst unmögliche Beförderung der Separationen.

Die im §. 80. 81. nachgewiesene ratio legis beweiset es wohl noch mehr, wie sehr Unrecht diejenigen thun, welche den zehnjährigen Besitzstand als eine Erwerbungsweise betrachten. Es ist dieß nur, wie wir gesehen, ein actueller Viehstand der letzten (10) Jahre, welcher subsidiarisch gilt. Der bloße Besitzstand ist dadurch zu keiner Erwerbungsart erhoben, sondern nur, in Ermangelung anderer Feststellungen, ein Hülfsmittel. — Würde man in praxi von diesem Gesichtspuncte ausgehen, so würde auch die Absicht des Gesetzgebers bey diesem Hülfsgrundsatze gewiß nur höchst selten verfehlt werden. Indeß, wenn man da, wo über den Umfang des Rechts selbst noch Streit ist, diese Ermittelung verdrängen, und diesen bloßen Hülfsgrundsatz als Gesetz für das Theilnahmerecht selbst betrachten, und wenn die Parteien darauf nicht eingehen wollten, weiter nichts als den Durchwinterungsfuß gestatten will; dann freylich liegt es wohl in der Natur der Sache, daß Parteien, die über den Umfang des Rechts selbst im Streit sind, nicht zur Ausmittelung eines solchen Besitzstandes die Hand bieten

werden. Eben weil dieser alsdann kein bloßes Ausgleichungsmittel ist, sondern nur demjenigen, welchem eben ein solcher Umfang seines Rechts bestritten wird, ein ihm gar nicht rechtlich zustehender Vortheil an die Hand gegeben würde! — Möge doch dieser eine, gewiß Jedem einleuchtende Gesichtspunct auch die Ueberzeugung verschaffen, daß gerade nur eine vollständige gründliche Aufklärung der individuellen Rechtsverhältnisse, gestützt auf klare, in die Natur der Verhältnisse eindringende, daher eine genaue Erörterung selbst begünstigende Gesetze, am allerersten die gewünschte Einigung herbeyführte. Allgemeine, nicht frühere Verhältnisse beachtende Grundsätze dagegen können nur, indem sie dem einen mehr Vortheile, als er früher hatte, gewähren (von denen er alsdann nicht abgehen will), dem andern aber seine Rechte kränken, immer mehr von jeder sonst möglichen Einigung entfernen! —

§. 89.

bb) Berechnung nach der Durchwinterung. α) Ueberhaupt.

§. 34. Nur dann, wenn entweder der zehnjährige Besitzstand nach vorstehenden Regeln nicht zuverlässig auszumitteln ist, oder aber von einzelnen Theilnehmern erwiesen wird, daß sie von ihrem (übrigens feststehenden) Rechte in den letzten zehn Jahren gar keinen, oder doch einen mindern Gebrauch gemacht haben, als wozu sie erweislich durch Urkunden, Judicate und Statuten befugt waren, soll das Theilnahmeverhältniß nach den Vorschriften des A. L. R. Th. I. Tit. 22. §. 90 u. f. berechnet, jedoch alsdann dabey Nachstehendes beobachtet werden.

§. 90.

f) Fernerweite Bestätigungen der obigen Theo-

Dieser §. bestätigt vollkommen die Nothwendigkeit der vorstehend erörterten Theorie. Denn wollte man nicht den §. 32. der

rien durch die sonst offenbaren Widersprüche des vorstehenden §.

G. Th. O. wie obgedacht auslegen, so würde §. 34 ib. im höchsten Grade sich selbst widersprechen. Wie sollte nämlich alsdann der Durchwinterungsfuß hier Anwendung finden können, sobald als der Umfang des Rechts durch Urkunden, Judicate oder Statuten feststünde? Nach §. 32 ib. selbst sollen ja dann diese letztern, mithin nicht der Durchwinterungsfuß, die Separation leiten. Dem ungeachtet soll der letztere eintreten, wenn erweislich von dem feststehenden Rechte ein minderer Gebrauch gemacht ist, als wozu sie erweislich durch Urkunden, Judicate und Statuten befugt waren. Es müßten daher offenbar auch hier die Urkunden u. s. w. entscheiden, und nicht der Durchwinterungsfuß! Will man daher nicht einen Widerspruch in diesen §. 34. hineintragen und denselben consequent mit den vorhergehenden Bestimmungen vereinigen; so bestätigt dieses abermal den Grundsatz: daß der Besitzstand und der Durchwinterungsfuß nur da Platz greifen sollen, wo ein Hütungsrecht erwiesenermaßen, (mithin wo bereits solches eben durch Judicate u. s. w. festgestellt ist,) in einem unbeschränkten Umfange erworben wurde, und es daher nur einzig und allein durch den Umfang und Bedürfniß des Grundstücks, dessen Berechtigung erwiesen ist, eine Begrenzung erleidet.

§. 91.

§. 35. Das Futter von Ländereyen, welche außerhalb der Feldmark *) des berechtigten Guts belegen sind, ist alsdann mit zu berücksichtigen, wenn die Län-

*) Feldmark (Mark, offenbar von Merken, bemerken, herkommend, bezeichnet so viel als Grenze,) unterliegt hinsichtlich ihres Umfangs oft den größten Verschiedenheiten. Es sind nicht selten die Grenzen so verworren und oft von alten Zeiten her so unbestimmt geblieben (cf. Hagemann's pract. Erörter. B. 5. Erört. 19.), daß man in der That aus dieser Zufälligkeit der später wegen der Besteuerung gezogenen Begrenzung keine rechtlichen Folgen herleiten kann.

dereyen entweder schon bey der Vergleichung des Rechts zu dem berechtigten Gute gehört haben, oder seit rechtsverjährter Zeit dabey benutzt worden.

§. 92.

g) durch die Sonderung der Grundstükke, welche nur dabey zur Berechnung kommen sollen;

Der Ausdruck „außerhalb der Feldmark" könnte leicht zu der irrigen Idee führen, daß dagegen alle Länderey, welche auf der Feldmark des berechtigten Guts liegt, sobald sie nur zu der letztern geschlagen, eo ipso ohne einen besondern Erwerbungsgrund eine Berechtigung und Theilnahme erhielte. Daß dieß nicht die Absicht des Gesetzes seyn kann, ergiebt sich von selbst, sobald man sich die Sache in einem Beyspiele denkt. Das Gut A, bestehend aus 6 Hufen, besitzt auf den Weiderevieren der benachbarten Gemeinde B eine Hütungsgerechtigkeit mit seinem Vieh, ohne dabey auf irgend eine Weise hinsichtlich des Umfangs (also bloß durch seine Nothdurft) beschränkt zu seyn. Neuerdings hat der Besitzer dieses Guts von den in seiner Feldmark belegenen Ländereyen noch zwanzig Hufen hinzugekauft. Sollen nun diese zwanzig Hufen auch eo ipso, weil sie zu dem Gute A geschlagen sind, und in derselben Feldmark mit den, obschon früher nur allein in dieser Feldmark berechtigten sechs Hufen liegen, die Hütungsgerechtigkeit auf der fremden Feldmark B besitzen, und daher bey der Durchwinterungsberechnung mit in Anrechnung zu bringen seyn? — Offenbar nicht. Denn wodurch wäre auch nur ein Titelchen Rechtens für dieselben begründet? Man kann daher diese Ausschließung nicht als den Gegensatz stillschweigend einschließend deuten, und überhaupt dieselbe nicht anders als nach den bisherigen gesetzlichen Bestimmungen (L. R. I. 19. §. 24.) nur auf solche Grundstücke beziehen, welche zur Zeit des Erwerbs einer Hütungsgerechtigkeit als ein solcher complexus, der die Hütungsgerechtigkeit erwarb, anzusehen waren. Daher

würde diese Stelle so zu deuten seyn: sobald nicht ein anderweites Rechtsverhältniß ausgemittelt ist, sind 1) nur solche Grundstücke, welche zu dem berechtigten Gute zur Zeit, wo es die Hütungsgerechtigkeit erwarb, gehörten, zur Ermittelung der Durchwinterung zu ziehen. Es werden indeß 2) auch selbst die Ländereyen dazu gerechnet, welche außer der Feldmark des benachbarten Gutes lagen, sobald sie nur bey jenem Erwerbe mit als Pertinenz des berechtigten Guts anzusehen waren; 3) im übrigen aber dürfen ohne Rücksicht, ob sie auf der eigenen oder fremden Feldmark belegen sind, nur die bey der Verleihung mit zum berechtigten Gute gehörig gewesenen Grundstücke in Betracht gezogen werden, welche das Recht späterhin durch rechtsgültige Willenserklärungen oder durch Verjährung besonders erworben haben.

§. 93.

h) durch die nähere Erörterung, was unter rechtsverjährter Zeit zu verstehen;

Was ist hier unter dem Ausdrucke „rechtsverjährter Zeit" zu verstehen? Ist hier die ganze Verjährung durch einen bloßen Zeitraum für bewirkt anzunehmen? Oder ist sie lediglich nach den allgemeinen Grundsätzen, welche das A. L. R. aufstellt, zu beurtheilen? Für die Beantwortung einer dieser Fragen muß man sich unbedingt erklären. Denn willkührlich einzelne Bestimmungen der Gesetze hinsichtlich der Verjährung anzunehmen, und andere auszuschließen, würde eine mit Nichts zu rechtfertigende Willkühr seyn. Daß auch bey Separationen die sämmtlichen Grundsätze über Verjährung auch hier Anwendung finden müssen, versteht sich zwar von selbst; indeß scheint es Vielen nicht einleuchten zu wollen, welche durch diese G. Th. O. alle übrigen Gesetze in den Letheфluß zu versenken streben! — Für diese daher folgende Gründe: 1) Wie §. 5. bemerkt, ist in der G. Th. O. überall nicht von Grundsätzen, nach welchen ein Recht selbst beurtheilt werden muß, die Rede. 2) Noch

weniger aber können hier bey der Verjährung, wo schon vorhandene und schon erworbene Rechte vorausgesezt werden, diese Rechte nach ganz verschiedenen Grundsätzen als erworben und existent angesehen werden, als unter welchen sie erworben und existent geworden seyn sollen. 3) Ohnehin stellt ja auch die G. Th. O. nirgends eine neue Theorie der Verjährung auf, welches doch hätte geschehen müssen, wenn bie bisherige nicht mehr gelten sollte, da solches mit dem bloßen Ausdruck: „rechtsverjährte Zeit" (der ohnedieß durch sich selbst, indem er eine Verjährung voraussetzt, deren Grundsätze anerkennt) nicht geschehen kann. Denn eine bloße Zeit bewirkt gar nichts, sobald nicht Besitz und Ausübung von Rechten diejenigen Eigenschaften besitzen, welche als Erforderniß und Bedingung einer Verjährung anzusehen sind. 4) Ferner, welcher Zeitraum erforderlich sey, würde doch auch erst sich nach den übrigen vorhandenen Eigenschaften bestimmen lassen. Wie soll dieß anders möglich seyn, als durch Erwägung dieser letztern und durch strenge Verfolgung der darüber vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen? 5) Endlich würde es auch zu den größten Widersprüchen und Verwickelungen führen, wenn man nicht streng die sämmtlichen durchaus gar nicht von einander trennbaren Grundsätze über Verjährung zur Anwendung bringen wollte *).

---

*) So z. B. ist doch Besitz und Geltendmachung eines Rechts das wesentlichste Erforderniß zu einer Verjährnng der Grundgerechtigkeit (L. R I. 22. §. 14); soll es darauf nicht mehr ankommen? — Nach L. R. I. 9 §. 512. kann keine Art der Verjährung gegen den anfangen, welcher von seinem Rechte nicht hat unterrichtet werden können, oder der sein Recht zu gebrauchen und zu verfolgen gehindert wird (§. 516. l. c.). Auch soll kein Vormund gegen seine Pflegebefohlenen (§. 527.), eben so wenig der Pachter, Verwalter oder ein anderer unvollständiger Besitzer einer Sache gegen den, in dessen Namen er besitzt, zu Gunsten seiner eigenen Sache nicht wegen seiner Besitzzeit eine Verjährung anfangen können (L. R. I. 14. §. 2. I. 7. §. 44. 45 69 — 108. 125.). Sollten nun alle diese Grundsätze bey Beurtheilung der Rechtsverhältnisse, sobald dieselben bey Gelegenheit einer Sepa-

§. 94.

§. 36. Das Futter von Zehenten wird bey der Durchwinterungsberechnung dann berücksichtigt:

---

ration zur Sprache kommen, nicht mehr gelten? Soll nun jemand jetzt auf einmal, wenn es zur Theilung kommt, Rechte besitzen, an die bisher gar nicht gedacht wurde, und die er vielleicht selbst nicht einmal zu besitzen oder erwerben zu wollen, früher ahndete, ja von deren Geltendmachung der andere Theil auch nicht die entfernteste Idee erhielt! Offenbar wird wohl niemand daran zweifeln, daß eine bloße Zeit, sollte sie auch wirklich noch so lange gedauert haben, nicht gegen diese obenerwähnten Bestimmung eine Verjährung begründen könne. Welches Gesetz würde nun aber die Willkühr rechtfertigen, das eine oder das andere Requisit, weil es vielleicht gerade gar zu grell in die Augen springt, gelten zu lassen, und andere Erfordernisse der Verjährung dagegen unbeachtet zu lassen? oder sie demjenigen, welcher durch Verjährung erworben haben will, zu schenken? Wenn z. B. obige, im Beyspiel des §. 90. erwähnte zugekaufte 20 Hufen noch so lange zu dem berechtigten Gute A gehört haben, wie soll demselben dadurch ein Hütungsrecht geworden seyn? Mit dergleichen Suppositionen, als z. B. es werde doch der Besitzer des Guts die 20 Hufen mit zur Durchwinterung seines Viehes, das er auf die Weide getrieben, mit benutzt haben? sollte billig kein Jurist ankommen. Dieß sind Voraussetzungen, welche erst erwiesen werden müßten, und die an und für sich auch noch nicht einmal ein Recht gegen die belasteten Reviere in B erworben. Dergleichen, über alle Rechtsprincipien hinweg eilende ungesetzliche Vermuthungen zerfallen in ihr Nichts, wenn man sie in Beyspielen auf die möglicherweise daraus hervorgehenden Absurditäten führt. Die Eigenthümer des belasteten Weidereviers in B konnten natürlich nichts dagegen haben, daß der Besitzer des Gutes A sich noch 20 Hufen Acker kaufte. Ein Widerspruch dagegen von ihrer Seite würde lächerlich gewesen seyn. Der Käufer hat diese 20 Hufen vielleicht verpachtet, vielleicht hat er sie auch nicht zur Ernährung eines mehreren Weideviehes benutzt, vielleicht hat er das darauf mehr gehaltene Vieh im Stalle gefuttert und nicht mehr als vorher auf die Reviere in B auftreiben lassen. Er hat ausdrücklich oder durch seine Handlungsweise zu erkennen gegeben, daß er nicht mehr Vieh, als was er auf die berechtigten 6 Hufen hatte, auf die Weide treibe, er hat sogar eine Menge Vieh auf fremde andere Weidereviere für Geld gesendet, und sogar nicht einmal die Weidereviere so benutzt, als er sie selbst für die berechtigten 6 Hufen hätte benutzen dürfen. Er hat vielmehr nur höchst selten Vieh auf die Reviere in B getrieben. Dafür sind auch, wenn er ja mehr Vieh eine kurze Zeit hindurch hintreiben ließ, die Eigenthümer der Reviere B von ihrer Seite so gegengefällig gewesen, nicht deshalb gerade gleich Beschwerde zu führen, wenn derjenige, welcher so höchst wenig die Weide benutzte, ein oder einige Mal des Jahres, da er vielleicht gerade nicht gleich wußte, wo er

1) wenn der Zehente auf der Feldmark der zur Hütung berechtigten Theilnehmer erhoben wird;
2) wenn der Zehente außerhalb dieser Feldmark entweder seit rechtsverjährter Zeit bey dem berechtigten Gute gewesen, und das Stroh davon zu demselben benutzt worden, oder wenn er von einem Hütungsberechtigten erworben worden, der das Futter davon in Berechnung zu bringen befugt war.

Dahin werden die §§. 94 und 95. Tit. 22. Th. I. des A. L. R. näher bestimmt.

§. 95.

i) durch die nothwendige Beschränkung vorstehenden Satzes auf den bloß subsidiarischen Eintritt der Durchwinterung.

„Bey der Durchwinterungsberechnung" also, wie schon nach dem Obigen der bloße Zusammenhang ergiebt, **nur für den Fall**, wenn sich kein anderweit rechtliches Verhältniß, welches einen bestimmten Maßstab giebt, erkennen ließ, sollen die Grundsätze der G. Th. O. in Wirksamkeit treten. Daß nur diese subsidiarische Stel-

---

mit seinem Vieh hin sollte, dasselbe auf die Reviere in B schickte. Auch waren einige besondere Rücksichten gegen den oder den Mann, der gerade das Gut in A besaß, oder nur erpachtet hatte, Veranlassung gewesen, ihm besondere Gefälligkeiten zu gewähren. Ja endlich ist vielleicht das Gut A an Jemand die ganze Zeit hindurch verpachtet gewesen, der dicht dabey ein anderes Gut in Pacht hatte, oder eigenthümlich besaß, wo er das mehrere Vieh hinbrachte, so daß sich gar nicht ermitteln ließ, welches Vieh von diesem, welches dagegen von jenen Hufen gefuttert ward. Genug, in keiner Hinsicht wurde die Hütungsgerechtigkeit für die Weidereviere erschwert, daß alle diese und noch mehrere andere Umstände (wofür ich factische Beläge geben könnte) nicht für die zugekauften 20 Hufen eine Erwerbung der Hütungsgerechtigkeit durch Verjährung begründen können, liegt wohl am Tage. Nun kommt es jetzt aber zur Separation. Die Eigenthümer der Weidereviere in B können dem Gute B mit seinen 6 Hufen nicht die Weidegerechtigkeit und daß selbige unbeschränkt sey, bestreiten. Sollen nun deshalb auch die 20 Hufen mit dazu gerechnet werden, und weil sie vielleicht schon vor vierzig oder funfzig Jahren mit diesen sechs Hufen verbunden wurden, auch ein Hütungsrecht besitzen, und bey der Durchwinterungsberechnung in Anschlag kommen?

lung hier beabsichtigt seyn kann, und die im §. 79 ff. allgemein vorausgeschickten Deutungen sich nicht allein auch hier als richtig bestätigen, sondern auch deren Annahme sich nur noch mehr als durchaus nothwendig darstellt, werden nachfolgende Anmerkungen gleichfalls beweisen. Wollte man nämlich zuvörderst den Nr. 1. im vorstehenden §. buchstäblich und nicht bloß subsidiarisch nehmen; so würde ein ganz drolliges Resultat daraus hervorgehen. Denn dann würde derjenige, welcher z. B. heute bloß für seinen Hof mit ein Paar Hufen Acker eine Hütungsgerechtigkeit auf dem Gemeinde-Reviere B besitzt und daher nur, wenn die Separation heute erfolgte, für diese eine Abfindung verlangen könnte, auf einmal morgen, wenn er vielleicht den Zehnt von sechsmal so viel Acker, als er bisher besaß, acquirirte, für denselben eine Abfindung erhalten müssen, sobald als der Zehnt nur auf der Feldmark, worauf sein berechtigtes Grundstück (oder wenn man auch den Plural brauchen wollte, die berechtigten Grundstücke) liegen, gewonnen wird. Denn, sollte nicht erst das Rechtsverhältniß aufgeklärt werden, sondern die Durchwinterung dasselbe abgeben; so würde dabey kein Unterschied seyn, ob die frühern Besitzer dieses Zehnten oder die Aecker, worauf derselbe wächst, eine Berechtigung dafür an der Weide besaßen, oder nicht! — Wollte man dieser grellen Folge (obschon willkührlich, da theils diese Worte ganz allgemein sind, theils wenn einmal die Rechtserörterung ausgeschlossen wäre, nicht einzusehen ist, warum bloß gewisse Rücksichten auf frühere Gesetze und Rechtsverhältnisse zu nehmen seyn sollen,) dadurch ausweichen, daß man supponirt, dieser §. habe bloß den Fall vor Augen, wenn die Besitzer der ganzen Feldmark die Hütungsgerechtigkeit auf dem Reviere B besaßen. Wie würde man auch selbst in diesem Falle sich der Prüfung des vorhergegangenen Rechtsverhältnisses entziehen, oder selbige für überflüssig halten können, ohne eine mehr oder weniger in die Augen springende Ungerechtigkeit zu begehen? Wie wenn z. B.

die sämmtlichen Hütungsberechtigten in A erst nachher, nachdem sie (wie dieß so sehr häufig der Fall gewesen ist) schon viel früher den Zehnten von ihren Aeckern an Auswärtige entrichteten, ehe sie eine Hütungsgerechtigkeit auf dem fremden Reviere B erwarben? Ihre für diese Grundstücke ohne Zehntgewinn erworbene Gerechtigkeit müßte doch offenbar nur nach dem damals bey dem Erwerb stattgefundenen Bedarfe des berechtigten Grundstücks beurtheilt werden. Es kann also doch unmöglich Vieh in Anrechnung kommen, welches mit solchem dem besagten Grundstücke nicht verbliebenen Zehnten durchgefuttert werden könnte! —

§. 96.

e) Fortsetzung. Insbesondere kann das Hütungsrecht kein Pertinenzstück des Zehnten seyn.

Wollte man hier fernerweit ausweichend wieder auf die vage Behauptung „das Hütungsrecht sey ein Pertinenz des des Zehnten" überspringen, so ist ja dieß eben dasjenige, was erst bey den obigen Fällen erwiesen werden müßte! — Ueberhaupt ist dieser Satz schon in §. 34 — 36. widerlegt. Wie kann auch von einem Zehnt eine Gerechtigkeit das Pertinenzstück seyn, die bey der Entstehung jenes Zehnten noch gar nicht einmal existirte, und nachher nicht zu demselben erworben ward?! — Außer den, diesen Zirkelsatz widerlegenden Bemerkungen in §. 34 — 36. hier nur noch insonderheit folgendes: Wie soll gerade der Zehnt eo ipso eine Hütungsgerechtigkeit in seinem Gefolge haben? Er, der ja doch nicht einmal an und für sich Vieh hält oder erfordert, vielmehr oft sogar mit fremdem Gespann eingefahren, und dann ohne Viehwirthschaft genutzt, verkauft, oder in ein durchaus gar nicht berechtigtes Gut verwendet wird? Ja wenn mit seinem Besitz ein Hütungsrecht verbunden gewesen wäre; so würde dasselbe gerade am leichtesten Veranlassung geben, durch bloßen Nichtgebrauch verloren zu gehen (L. R. I. 9. §. 2.

I. 19. §. 29.). Gehet man übrigens auf die Entstehung des Zehnten zurück, so findet sich, daß derselbe unbestreitbarer als jede andere Prästation nichts weiter als eine Steuer ist, welche als solche aus einer Zeit herrührt, wo die Steuern überhaupt nur in Naturalien entrichtet wurden. Weil diese Steuer ohnehin gar nicht einmal mehr nach strengen Rechtsgrundsätzen als begründet angesehen werden kann; so darf man sie um so weniger auf noch umfassendere Gerechtsame ausdehnen, sondern muß sie vielmehr auf die nur vollständig erwiesenen beschränken *). Die Existenz eines Rechts, für das auf den Zehnt gehaltene Vieh noch obenein einen Antheil an einem Weidegrundstücke zu verlangen, überall ohne besondere Erwerbungsart anzunehmen und als einen Ausfluß der Zehntgerechtigkeit oder als ein eo ipso zu präsumirendes Pertinenz des Zehnten anzusehen, gehört

*) cf. meine rechtshist. U. I. S. 205 ff. In dieser Schrift habe ich auch überhaupt entwickelt, wie sehr besonders in den ältesten Zeiten die Geistlichkeit, die Klöster u. s. w. auf die Entstehungs- und Ausbildungsweise des gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisses mittelbar und unmittelbar einwirkten, und in welcher Beziehung diese geistlichen Steuern (Zehnten, Sackzehnten, Kornpächte und insonderheit die Frohndienste) auch hinsichtlich der Klöster u. s. w. die oben §. 18 — 20. entwickelte Ansicht bestätigen. Auch sie sind Steuern (der frommen Seelen) und Ausfluß des besonders durch die Geistlichkeit verabreichten Schutzes. Das Streben, sich dem lästigen Kriegsdienste durch ein Dienstverhältniß zur Geistlichkeit zu entziehen, das so sehr mißverstandene Traditionswesen u. s. w. waren nur einzelne Arten und Mittel dieser Schutzsteuerverbindung. Diese letztere selbst aber, in ihrer mannichfaltigsten Verschiedenheit, findet nur hinwiederum die Quelle ihrer Erweiterung und Befestigung in dem Mißbrauche der geistlichen (oder weltlichen) Obrigkeiten, welche in den Zeiten, wo Anmaßung und Gewalt für Recht galten, um die Wette das ursprüngliche Band der Gegenseitigkeit härter und zwar einseitig anzogen. Ueberwiegend durch Klugheit, schufen auch insonderheit die Klöster die vielen Urkunden, durch deren dunkle oder geflissentlich falsche Fassung sie in der spätern Zeit diejenigen, welche nicht den Gang der Geschäfte und das ursprüngliche wahre Sachverhältniß verfolgten, täuschten, und Scheingründe zur Rechtfertigung der Fabel, als wenn sie die ursprünglichen Verleiher des Grund und Bodens wären, aufstellten.

daher zu den allergrößten Willkührlichkeiten *) Gerade die Erwerbung eines solchen Rechts nebst deren Nachweis

*) Der Schein-(aber nicht Rechts-)Grund, welchen man gewöhnlich anführt, daß nämlich die Zehntpflichtigen doch einmal den Zehnt hätten weggeben müssen, und darauf kein Vieh hätten halten können, mithin sie auch für dieses nicht gehaltene Vieh keine Abfindung erhalten könnten, besagt gar nichts. Denn einmal, daraus, daß ich kein Recht habe, folgt noch nicht, daß der Andere es hat. Ferner, so mögen wohl die abgetretenen abgesonderten Früchte in einzelnen Fällen es dem Empfänger vielleicht möglich machen können, davon Vieh zu futtern, allein von der Möglichkeit bis zur Wirklichkeit ist ein eben so weiter Schritt, als von der Wirklichkeit bis zu einem Rechte, das vielleicht damit gefutterte Vieh auf einem, von der Zehntflur ganz verschiedenen Terrain zu weiden. Ein solches Recht würde dann eben so gut Jedem, welchem ein Altentheil oder einige jährliche Prästationen verschrieben sind, gleichfalls zustehen. Desgleichen so ist auch nicht immer von der Zahl des Viehes die Größe des Antheils abhängig, sondern (sofern es rechtlich feststehet, daß der Viehstand die Norm abgebe, auch selbst hier) nur von dem Maßstabe, nach welchem sich das Rechtsverhältniß des Einen zum Andern verhält. Denn so lange die Proportion dieselbe bleibt, so lange ist auch die Höhe der Proportionszahlen gleichgültig. Ob z. B. mir zehn Kühe gerechnet werden, wenn der Andere zwanzig Kühe in Anrechnung bekommt, oder ob mir zwanzig Kühe gut geschrieben, wenn der Andere vierzig Kühe in Anrechnung erhielt, ist, sobald als die Theilnahme der concurrirenden Interessenten in einem gleichen fortschreitenden oder abnehmenden Verhältnisse verbleibt, vollkommen gleichgültig. Aus demselben Grunde kann daher darauf nichts ankommen, wenn z. B. eine Gemeinde einen Zehnten abgab, so lange dieser Zehnt überhaupt nicht mit in Anrechnung gebracht wird. Hätte z. B. eine Gemeinde für die ihr nach Abzug des nicht mit berechneten Zehnten 450 Theile von in 500 Theile getheiltem Weidereviere bekommen, und das Gut A davon 50 Theile erhalten; so würden, wenn nachher der Zehnt noch zu den letztern mit einem Hütungsrechte für diesen Zehnten hinzukäme, deshalb 50 Theile mehr gemacht werden müssen, und dieserhalb, statt daß vorher die Gemeinde $\frac{9}{10}$ erhielt, dieselbe nur $\frac{9}{11}$ erhalten, des Guts Antheil aber sich von $\frac{1}{10}$ bis zu $\frac{2}{11}$ vermehren, mithin die Anrechnung des Zehnten das ganze Verhältniß ändern müßte. Das Spaßhafteste ist aber bey jenem argumento ad hominem, daß es gewöhnlich nicht einmal consequent verfolgt wird. Tritt nämlich z. B. der Fall ein, daß der Zehnterheber den Zehnten auf Grund des Gesetzes vom 25. Sept. 1820. hat in eine Geldrente verwandeln lassen, oder derselbe abgekauft wird u. s. w., so müßte doch, wenn die Hütungsgerechtigkeit ein Pertinenz des Zehnten wäre, der Ablösende auch dieß Hütungsrecht als ein solches Pertinenz mit erlangt haben. Da soll denn aber auf einmal das Hütungsrecht wieder Pertinenz des

ist die Hauptsache, und zwar eben so gut hinsichtlich des Zehnten auf eigener als fremder Feldmark nöthig, beym gemeinschaftlichen Eigenthume wie bey der Servitut! Es kann aber nur auf zweyerley Art eine Erwerbung dieses besondern Rechts möglich seyn, nämlich entweder nur durch rechtsgültige Willenserklärungen, oder durch Verjährung (L. R. I. 22. §. 13.).

§. 97.

l) Vollständige Bestätigung endlich durch die Unterscheidung zwischen Berechtigung und dem darin liegenden Gegensatze, desgleichen durch die unumgänglichen Erfordernisse der Verjährung selbst.

Um den zweyten Satz in §. 36. der G. Th. O. richtig zu verstehen, muß man nothwendig unterscheiden, a) den Fall, wenn ein Hütungsberechtigter den Zehnten von einem andern Hütungsberechtigten erwarb, der das Futter davon in Berechnung zu bringen befugt war. Dieser Fall setzt offenbar eine Prüfung, und nach der Fassung wohl nur den Fall voraus, welchen L. R. I. 22. §. 95. vor Augen hat, nämlich wenn der Zehnt von einem solchen Hütungsberechtigten durch ein anderes zu derselben

---

Gutes gewesen seyn, und wird daher diese Pertinenzeigenschaft gewöhnlich hin und her geschoben, je nachdem sie dem angeblich berechtigten Gute am vortheilhaftesten ist. Gleichsam als wenn es nur darauf ankäme, alle Sätze zum Vortheil des berechtigten Guts anzuwenden. Dabey wird dann abermals nicht beachtet, daß das zur Unterstützung gewöhnlich gebrauchte anderweite argumentum ad hominem, daß nämlich das Gut bey der Ablösung nur bloß für den Zehnten, keinesweges aber für sein Hütungsrecht (das nicht erwiesen?) entschädigt werde, eben so falsch ist. Denn der Zehntberechtigte erhält für den Zehnten volle Entschädigung. Das Korn und das Stroh wird dabey für voll gerechnet, und ihm vergütet, nur nicht dabey ein um so viel geringeres Quantum angenommen, als er zur Futterung des bey der Durchwinterung darauf zu rechnenden Viehes davon verbraucht. Es ist daher klar, daß er doppelte Vortheile bezieht. Durch dergleichen allgemeine Voraussetzungen, welche offenbar petitiones principii sind, ist daher keinesweges eine Erörterung der Rechtsfrage, ob und in wie weit ein Zehntbesitzer ein Recht gewonnen habe, das mit dem Zehnten durchgefutterte Vieh auf die Weide zu bringen, abgeschnitten.

Hütung berechtigtes Gut erworben ward (indem nur an Mithütungsberechtigte, L. R. I. 17. §. 216. 217. eine einseitige Uebertragung erlaubt ist, L. R. I. 19. §. 14. 15. 22. I. 17. §. 216.). — b) Der Fall dagegen, wo ein Zehnt seit rechtsverjährter Zeit bey dem berechtigten Gute gewesen, verdient eine ganz besondere Untersuchung. Denn der Zusatz „nur das Stroh davon zu demselben benutzt worden," ist bloß eine Andeutung eines nothwendigen Requisits, um nicht eine bereits durch Verjährung erworbene Berechtigung wieder durch die anderergestalt nothwendig eintretende Erlöschung des erworbenen Rechts (durch Nichtgebrauch (L. R. I. 9. §. 2. I. 19. §. 29. cf. m. S. über erw. Verj. §. 25.) zu verlieren. Es bedarf also in jedem Falle einer nähern Erörterung der Erfordernisse zur Verjährung eines solchen Rechts. Denn wie bereits in §. 93. gezeigt, ist die bloße Zeit nicht zur Begründung einer Verjährung hinreichend *). Ueberhaupt liegt es wohl am Tage, daß

*) Zu den dort aufgestellten Beyspielen nur hier noch Folgendes. Jemand verpachtete mit seinem, nur für die eigene Nothdurft zur Hütung auf dem Weiderevier zu G berechtigten, nur aus 9 Hufen bestehenden Gute V seit länger als 50 Jahren zugleich von 9 verschiedenen fremden Feldmarken einen Zehnt, der früher zu einem andern entferntern Gute des Verpachters genutzt war. Dieser Zehnt warf vielleicht viermal so viel Einnahme ab, als das erstgedachte Gut selbst. Erwirbt derselbe nun durch diese Verbindung des qu. Zehntens mit dem Gute V (der die dasige Gemeinde natürlich nicht widersprechen konnte), wegen der langen Dauer dieser gleichzeitigen Verpachtung, für diesen Zehnt das Recht, für das darauf möglicherweise nach einer Durchwinterungsberechnung zu haltende Vieh bey einer Separation eine Abfindung zu verlangen? Erwirbt er das Recht selbst auch dann, wenn er kein Vieh darauf hielt? Wenn er nicht ein Stück Vieh, so er auf diesen Zehnten gehalten, auf die Weide trieb? Wenn er Stallfutterung hatte? Wenn er sogar dasselbe auf fremde Weiden trieb? Wenn er es auf einem nah belegenen andern Gute erhielt? Wenn er vielleicht bey vorkommenden Zweifeln gegen die Besitzer der belasteten Grundstücke äußerte, kein mehreres Vieh auf die Weide treiben zu wollen? oder, als er es einst versuchte, davon zurückgewiesen ward, und seine ermangelnde Befugniß stillschweigend eingestehend, sich dabey beruhigte? u. s. w. Kann es dabey in Betracht kommen,

doch offenbar durch die bloße Erwerbung eines Zehnten selbst von solchen Personen, welche nicht einmal selbst dieses Recht hatten, noch kein Recht gegeben ist, das mit demselben durchwinternde Vieh auf eine fremde Weide zu bringen (ein Recht, wovon nur allein die Befugniß, diesen Zehnten bey der Durchwinterungsberechnung mit zu veranschlagen, die Folge seyn könnte). Der vorstehende §. 36. der G. Th. O. unterscheidet ja auch überdieß ausdrücklich diesen Fall von demjenigen, wo der bisherige Besitzer das Recht hatte, das Futter vom Zehnten in Berechnung zu bringen, setzt also hierdurch selbst den andern Fall, wo er es nicht hatte. Wie soll nun aber, ohne eine besondere Erwerbung dieses Rechts, dasselbe möglich seyn? Nur einzig und allein, entweder durch rechtsgültige Willenserklärung oder Verjährung, wäre eine solche Erwerbung jenes Rechts denkbar (L. R. I. 22. §. 13.). Zu der letztern würde aber selbst nach ihrem bloßen Begriffe mehr gehören, als eine bloße Zeit, denn sie wäre hier die Aufhebung des Widerspruchsrechts der Besitzer des Weidereviers gegen die Behütung derselben mit dem, von den auswärtigen Zehnten gehaltenen Vieh und die Erwerbung dieses Hütungsrechts von Seiten des Zehntbesitzers wegen unterlassenen Widerspruchs seyn. (cf. L. R. I. 9. §. 500. Hufeland, Lehrb. des gem. Civilrechts, Th. I. §. 223.) Um indeß bey dieser Gelegenheit die dringende Nothwendigkeit einer genauen Beachtung aller Erfordernisse einer Verjährung zu zeigen, so habe ich etwas genauer, jedoch nur (mit Rücksicht auf das Publ. Pat. vom 5. Febr. 1794. §. 9. 17., weil es sonst

---

ob er diesen Zehnten bloß mit dem qu. Gute verpachtete, oder als ein wirkliches Pertinenz damit verband, selbst wenn es den Pflichtigen gar nicht einmal bekannt ward, ob und in wie weit er den Zehnten mit dem qu. Grundstücke verbinden, und welche sonstige Absicht er dabey erreichen wollte? Alles dieß sind Fragen, welche es offenbar zu einer Satyre auf die Gerechtigkeit machen würden, wenn man sie unbeachtet lassen und sich bloß auf die Abmessung einiger Zeit beschränken wollte! —

zu weit führen würde,) nach dem A. P. L. R. die Lehre von der erwerbenden Verjährung in meiner mehrgedachten besondern Schrift über diesen Gegenstand erörtert. Die Verweisung auf diese Schrift, welche ich anfangs einschalten wollte, erscheint hier um so dringender, als die Lehre von der Verjährung offenbar mit zu der allgemeinen Grundlage gehört, womit sich der gegenwärtige erste Theil dieser Schrift zunächst beschäftigt *), indem ohne feste Ansichten über Verjährung (welche, so einfach sie auch ist, durch so mannichfaches Schwanken in die größten Irrthümer eingehüllt wurde,) bey Separationen durchaus (mit Gerechtigkeit) kein Schritt vorwärts gethan werden kann.

---

*) Obschon §. 35 u. 36. der G. Th. O. eigentlich mit zu der Anwendung allgemeiner Grundsätze auf specielle Fälle gehören; so sind dieselben doch so wichtig, und so eng mit den allgemeinen Principien der G. Th. O. von §. 1 bis 34. verwebt, und unterstützen dieselben so sehr, daß sie wohl in diesem ersten Theile einen Platz finden mußten. Daß übrigens alle spätere §§ der G. Th. Ordn. lediglich nur eine Anwendung der hier entwickelten Grundsätze sind, soll demnächst weiter gezeigt und damit die specielle Erörterung für die einzelnen Gegenstände verbunden werden. Obwohl Manches davon vielleicht besser mit unter die obigen allgemeinen Grundsätze hätte gestellt werden können, so wird doch der gewählte Gang nach der Reihenfolge der §§ es entschuldigen, wenn solches nicht geschah.

Berichtigungen.

Seite	6	Zeile	26	statt	Dorfs von	lies	Dorfs, von
–	7	–	8	–	uch	–	Auch
–	8	–	7	–	Plaggenheide	–	Plaagen-, Heide-
–	10	–	17	–	müßte	–	müssen
–	10	–	35	–	auf	–	auch
–	13	–	26	–	könnte	–	könnten
–	14	–	37	–	dürften	–	durften
–	14	–	37	–	könnte	–	konnte
–	24	–	3	–	sollte	–	soll
–	24	–	10	–	18. 680.	–	18. §. 680.
–	25	–	6	–	und	–	auch
–	33	–	18	–	mehrere Zuschüsse enthoben	–	mehrerer Zuschüsse überhoben
–	34	–	34	–	einwirkende	–	rückwirkende
–	46	–	6	–	ganzen	–	Ganzen
–	55	–	14	–	abgenommenen	–	angenommenen
–	56	–	17	–	Verpflichteten	–	Berechtigten
–	69	–	22	–	Entscheidung	–	Entschädigung
–	70	–	13	–	wenigstens	–	weniger
–	82	–	42	–	noch	–	nach
–	85	–	13	–	Eigenthümlich factischer	–	Eigenthümliche factische
–	96	–	18	–	Sect.	–	Sext.
–	101	–	37	–	condominio	–	condominii
–	103	–	17	–	genommen	–	gewonnen
–	104	–	31	–	l. c. d.	–	l. 10. d.
–	108	–	11	–	Mißverständniß	–	Mißverhältniß
–	119	–	6	–	Bedingung	–	Bedüngung
–	124	–	4	–	hier solche	–	hier nur solche
–	125	–	15	–	auch	–	noch
–	127	–	11	–	herbeyführte	–	herbeyführt

Halle,
gedruckt in der Gebauerschen Buchdruckerey.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Weichsel, Ferdinand Friedrich,

Commentar zur K. Preußischen Gemeinheitstheilungs Ordnung vom 7ten Junius 1821

Bd.: 1. (1824)

Magdeburg 1824

J.germ. 220 n-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10552950-7